DIE RECHTSSTELLUNG DER UNEHELICHEN KINDER IM KANTON LUZERN

(EINE RECHTSGESCHICHTLICHE DARSTELLUNG)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER

WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

WALTER STREBI
VON LUZERN UND HASLEN (GLARUS)

1928
BUCHDRUCKEREI KELLER & CO. A. G., LUZERN

DIE RECHTSSTELLUNG DER UNEHELICHEN KINDER IM KANTON LUZERN

(EINE RECHTSGESCHICHTLICHE DARSTELLUNG)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER

WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

WALTER STREBI
VON LUZERN UND HASLEN (GLARUS)

1928
BUCHDRUCKEREI KELLER & CO. A. G., LUZERN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Prof. Dr. HANS FEHR danke ich für seine wohlwollenden Anregungen zu vorliegender Arbeit.

Herrn Staatsarchivar WEBER, Luzern, bin ich zu Dank verpflichtet für die wertvollen Auskünfte.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Quellen, Literatur, Abkürzungen 7

§ 1. *Einleitung.*

Problem - Aufgabe - Quellen 9

§ 2. *Begründung und Begriff der unehelichen Geburt.*

Begründung des ausserehelichen Kindsverhältnisses - Ehe und Ehre - Zu frühe und zu späte Geburt - Kinder aus nichtigen Ehen - Ehebruchskinder - Bezeichnungen 11

§ 3. a) *Die Feststellung der Vaterschaft im allgemeinen.*

Das Kind folgt dem Busen - Auftreten der Klage um Magdtumb oder Blumen - Ursprünglicher Inhalt der Klage - Maternitäts- und Paternitätsgrundsatz im 19. Jahrhundert - Klagerecht - Passivlegitimation - Uebergang der Passivlegitimation auf die Erben 17

§ 4. b) *Verfahren.*

Vorverfahren - Anzeigepflicht - Klagefrist - Geistliche Gerichtsbarkeit - Forum - Vm kind hin vnd enweg geben - Beweis - Nachweis durch die Mutter - Der Eid als Beweismittel - Das Verfahren nach dem Municipale - Geniesverhör - Die Stellung des Beklagten - Einreden - Intervention der Gemeinde 25

§ 5. *Verwandtschaft mit Vater und Mutter.*

Allgemeines - Neque genus neque gentem habent bastardi - Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind - Die Stellung zum Vater - Name und Ortsbürgerrecht - Familie der Unehelichen 36

§ 6. *Erbrecht.*

Erbrecht des unehelichen Vaters gegenüber dem ehelichen Kinde - Beerbung des Vaters - Beerbung der Mutter - Die Obrigkeit beerbt die Unehelichen - Eheliche Kinder beerben ihre unehelichen Eltern - Letztwillige Verfügungen - Loskauf von der unehelichen Geburt 40

§ 7. *Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes und die Leistungen des Vaters an die Mutter.*

Rechtliche Natur - Beginn der Unterhaltspflicht - Dauer und Umfang - Wer sorgt für das uneheliche Kind? - Leistungen des ausserehelichen Vaters an die Mutter - Subsidiäre Unterhaltspflicht - Priesterkinder 47

§ 8. *Die öffentlich-rechtlichen Wirkungen der unehelichen Geburt.*

Allgemeines - Ehe und Ehre - Bürgerrecht - Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unehelichen und Obrigkeit - Die Folgen der unehelichen Geburt im öffentlichen Recht - Zünfte - Zusammenfassung 55

§ 9. *Strafrecht.*

Unzuchtsvergehen - Ehebruch - Der Einfluss der Karolina - Bigamie - Blutschande - Abtreibung - Kindsmord 62

§ 10. *Die Tilgung des Makels der unehelichen Geburt.*

Die Legitimation im Mittelalter - Legitimatio per subsequens matrimonium - Legitimatio per rescriptum - Das Abkaufen der unehelichen Geburt - Legitimation durch Dekret des Grossen Rates 71

ABKÜRZUNGEN

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern 1832.
M: Municipale, Stadtrecht von 1706.
RB: Ratsbuch. (Röm. Zahl bedeutet Band, die arab. Zahlen Seite und Jahr.)
Schwsp: Schwabenspiegel.
SR: Stadtrecht. (Ist keine Jahreszahl beigefügt, so ist das SR von 1480 gemeint.)
Ssp: Sachsenspiegel.

QUELLEN UND LITERATUR

Ratsbücher, seit dem Jahre 1381, ca. 400 Bände, im Staatsarchiv Luzern.
Stadtrecht von 1480, Manuskript im Staatsarchiv Luzern.
Stadtrecht von 1588, Manuskript im Staatsarchiv Luzern.
Municipale, Stadtrecht von 1706.
Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern, 1832.
Strafgesetzbuch für den Kanton Luzern, 1836.
Erste Abteilung: Kriminalstrafgesetzbuch.
Zweite Abteilung: Polizeistrafgesetzbuch.
Gesetz vom 29. Christmonat 1798, im Namen der einen unteilbaren helvetischen Republik.
Gesetz vom 4. Heumonat 1801, im Namen der helv. einen und unteilbaren Republik.
Polizeiverordnung vom 11. Wintermonat 1803.
Dekret vom 25sten April 1806, anordnend die Art der Stellung und Erwahrung der Vaterschaftsklagen und festsetzend die Strafen der diesfälligen Fehlbaren. Beschluss über die Vollziehung des Dekretes vom 25sten April 1806, die Vaterschaftsklagen ansehend, 25sten April 1806.
Beschluss vom 1sten Christmonat 1817, die Behörde bezeichnend, an welche die Vaterschafts-Klagen zu stellen sind.
Beschluss des Regierungsrates, anordnend das Gegenrecht gegen die im löblichen Stand St. Gallen bestehenden Vorschriften über Behandlung der Vaterschaftsklagen, 18. April 1822.
Gesetz vom 6ten May 1825, die Art der Stellung und der Erwahrung der Vaterschaftsklagen, die Bestrafung der Schuldigen, die Bestimmung des bürgerlichen Zustandes der ausserehelich geborenen Kinder und die Pflicht ihrer Unterhaltung und Erziehung, in Revision des diesfälligen frühern Gesetzes, festsetzend. Vollziehungsverordnung vom 20ten May zum rev. Paternitätsgesetz vom 6ten May fliessenden Jahres.
Verordnung vom 5. April 1839, über das Verfahren in ausserehelichen Paternitätsfällen.
Gesetz betreffend die unehelichen Kinder, vom 3. Christmonat 1861, in Kraft getreten den 23. Hornung 1862.
Dekret vom 25. Juni 1863, betr. Abänderung des § 7 des Gesetzes über die unehelichen Kinder.
Gesetz betreffend die unehelichen Kinder, vom 12. Herbstmonat 1865. In Kraft getreten den 29. Weinmonat 1865.

Amtliche Uebersicht der Verhandlungen des Grossen Rates, sowie des Regierungsrates des Kantons Luzern.
v. Balthasar Felix, Rathsbücherauszüge bis 1580.
Blaser Robert, Die Gesellschaft zur Schneidern in Luzern. (Noch ungedruckt.)
Brunner Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte. System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding.
Brunner Heinrich, Die uneheliche Vaterschaft in den ältesten germanischen Rechten. Zsch. für Rechtsgeschichte, Band XVII.
Bürcher J. M., Ueber die Zulässigkeit der Vaterschaftsklagen. Diss. Bern 1878.
Burckhardt Walter, Kommentar der schweiz. Bundesverfassung. 2. Auflage 1914.
Bürgerbuch 1573—1832. (Staatsarchiv Luzern.)
Denzler Alice, Jugendfürsorge in der alten Eidgenossenschaft, ihre Entwicklung in den Kantonen Zürich, Luzern, Freiburg, St. Gallen und Genf bis 1798. (Zitiert: Denzler.)
Escher H., Die Rechtsverhältnisse, der Einfluss und die Sitten der Frauen in der zweiten Hälfte des Mittelalters, 1870.

Fehr Hans, Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern. Jena 1912.
Fickel Jul., Untersuchungen zur Erbfolge des ostgermanischen Rechtes.
Geipel Siegfried, Waldemar, Die Stellung der unehelichen Kinder in den Magdeburger Rechten. Diss. Jena 1924.
Gengler Heinr., Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch. Erlangen 1875.
Gesetzeskommission, Vortrag der Gesetzeskommission an den Regierungsrat über die Abänderung des Gesetzes in Betreff des Standes der Unehelichen. Bern 1833.
Gmür, Das ausserehelliche Kindesverhältnis nach dem Vorentwurf. Zsch. BJV. XXXV.
Grimm, Weisthümer. Band I, IV. 1840.
Heusler And., Institutionen. System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding.
Hübner Rud., Grundzüge des deutschen Privatrechtes, 2. Auflage. Leipzig 1913.
Idiotikon Schweizerisches, Wörterbuch der schweiz. Sprache.
Leu Hans Jacob, Eydgen. Stadt- und Land-Recht. Zürich 1727/46.
v. Liebenau Theodor, Das alte Luzern. Luzern 1881.
Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 22. Aufl. 1919.
Mohr Gion Rud., Die Vaterschaftsklage des schweiz. Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage. Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 48.
Nagorski Sigm., Das Rechtsverhältnis des unehel. Kindes zu seinem Vater. Diss. Zürich 1908.
Ostertag Max, Die familienrechtliche Stellung des ausserehel. Kindes nach schweiz. Recht. Diss. Basel 1923.
Peyer Otto, Die familienrechtl. Stellung der unehelichen Kinder im schweiz. Privatrecht. Zürich 1907.
Pfyffer Kas., Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern, vom Ursprung bis zur Staatsumwälzung 1798. 1850.
Pfyffer Kas., Bericht der hinsichtlich des Entwurfes eines neuen Paternitäts- resp. Maternitätsgesetzes von dem grossen Rathe des Kantons niedergesetzten Kommission.
Pfyffer Kas., Erläuterungen des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern. 1832/8.
Regiunkel von Ruswil, Einiges zur Beurtheilung des Maternitätsgesetzes, wie es im Entwurfe vorliegt. Eine Konferenzarbeit. Ruswil 1861.
Schröder Richard, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte.
Segesser Ant. Ph., Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern. Lucern 1850/8. (Zitiert: Segesser.)
Strickler Joh., Actensammlung aus der Zeit der helvetischen Republik 1798-1803. Band III, VI, IX.
Weber Jost, Das Recht der unehelichen Geburt in der Schweiz, 1860. (Zitiert: Weber.)
Weber Marianne, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. 1907.
Weber, Staatsarchivar, Von alten Büchern im Luzerner Staatsarchiv. Erschienen im Korrespondenzblatt des Verbandes der Beamten und Angestellten des Kantons Luzern. 1923.
Wilda, Von den unecht geborenen Kindern. Zsch. für deutsches Recht XV. Tübingen 1855.

§ 1.

EINLEITUNG

Problem - Aufgabe - Quellen.

In der Geschichte der menschlichen Rechtsordnung bildet das Thema „Das uneheliche Kind" ein sehr problematisches Kapitel. Nicht nur die abstrakte Rechtswissenschaft und die Sozialpolitik beschäftigt sich damit, in der Tragödie und im modernen Schauspiel, in der Kunst- und Volkspoesie ist das Schicksal der Unehelichen ein immer wiederkehrendes Motiv. Weltanschauungen ringen um das Problem.

Die Anfänge der rechtlichen Sonderstellung der unehelichen Kinder sind in Dunkel gehüllt. Bei den Germanen waren sie nicht ungünstig gestellt. Einem natürlichen Empfinden folgend, wurden sie als durch die Bande des Blutes mit ihren Eltern verbunden betrachtet. Erst eine spätere Rechtsordnung setzte ihre Stellung tiefer. Unter dem Einfluss des kirchlichen Kampfes gegen den ausserehelichen Geschlechtsverkehr wurden sie im Mittelalter rechtlos. Auch die Reformation brachte keine wesentliche Aenderung zu ihren Gunsten, sie blieben die von der Gesellschaft geächteten Sündenkinder. Nur langsam verbesserte sich wieder ihre Lage, bis, infolge der französischen Revolution, sich neue Ideen durchsetzten, sodass die völlige Gleichstellung der ehelichen und unehelichen Kinder postuliert wurde (Helvetik). Aber auch bei einer vergleichenden Betrachtung des schweizerischen Privatrechtes vor 1912 finden wir die grössten Gegensätze, und zwar nicht nur zwischen den Kantonen der deutschen und welschen Schweiz, sondern unter den einzelnen Kantonen selbst.

Es scheint, oberflächlich betrachtet, unbegreiflich, dass ein schuldloses Kind, vom Schicksal hingestellt, im Rechte schlechter behandelt werden soll. Wir müssen uns aber klar sein, dass wir es mit fünf Beteiligten zu tun haben, deren Interessen einander gegenüber stehen: das uneheliche Kind, das eheliche Kind, Mutter, Vater, Staat. Die Familie, die Stütze eines geordneten Staatswesens, muss durch die Rechtsordnung geschützt werden. Daher ist der Staat gezwungen, gegen jede ausschereheliche Geschlechtsgemeinschaft einzuschreiten. Das macht er in der Weise, dass er dem ausserehelichen Kindesverhältnis andere und beschränktere Wirkungen beilegt als dem ehelichen. Dabei muss

aber die Gesetzgebung bestrebt sein, die Rechtslage des unehelichen Kindes, das an dem Interessenkonflikt schuldlos ist, so gut als möglich zu gestalten. Die Versuche, diese Interessen gegeneinander abzugrenzen, durchziehen wie ein roter Faden die Rechtsordnungen. Darzustellen, wie in den Luzerner Rechten im Laufe der Jahrhunderte sich die Rechtsordnung mit dem ausserehelichen Kinde auseinandersetzt, das ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Für eine rechtsgeschichtliche Arbeit Luzerns bilden die Ratsbücher, in denen seit dem Jahre 1381 die einzelnen Satzungen als althergebrachtes oder neuaufgesetztes Recht erwähnt werden, die wichtigste Quelle. Anfänglich finden sich in ihnen mehr Gerichts- als Ratsverhandlungen. Erst allmählich nehmen die Bücher den Charakter von Ratsprotokollen an [1]). Die erste Kodifikation des Stadtrechtes scheint um das Jahr 1480 erfolgt zu sein. Dieses alte Stadtrecht ist in einem Pergamentkodex aus dem Ende des 15. Jahrhunderts (mit spätern Nachträgen) erhalten. Seinem Inhalte nach ist es eine Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht, das uns schon vereinzelt im „ältesten Ratsbüchlein" und in den ältesten Ratsbüchern begegnet. Es ist alemannischen Ursprunges, worin sich aber in Form und Auffassung römischrechtliche Einwirkungen geltend machen [2]). Die zweite Rezension ist vom Jahre 1588, ebenfalls ungedruckt. Diese stimmt aber fast genau mit der von 1480 überein. Es finden sich in ihr Zusätze bis 1682. Das erste gedruckte Gesetzbuch datiert vom Jahre 1706 und wird Municipale genannt. Alle diese Kodifikationen haben eine grosse Aehnlichkeit miteinander bezüglich der Behandlung und Anordnung des Stoffes [3]).

Bei der Behandlung der Aufgabe ist in erster Linie das Recht der Stadt berücksichtigt worden. Das Stadtrecht, in seiner ältesten Fassung, diente den Amtsrechten, die alle jüngern Datums sind, zum Vorbild, und es kam ihm in dem ganzen, von der Stadt beherrschten Gebiete, eine subsidiäre Bedeutung zu. Viele Artikel wurden wörtlich in die Amtsrechte aufgenommen.

Absichtlich sind, so oft es möglich war, Stellen aus ältern Rechtsquellen wörtlich in die Darstellung aufgenommen worden, um die Zeit mit ihren eigenen Worten reden zu lassen.

---

[1]) Die Ratsbücher, über 400 an der Zahl, sind alle im Staatsarchiv Luzern. — Weber, Staatsarchivar, Von alten Büchern. — Die Rechtsquellen des Kantons Luzern sind gesammelt in der Zsch. f. schwz. Recht V alte Folge, I, II neue Folge.

[2]) Segesser II 426, Zsch. f. schw. Recht V, a. F. 8f.

[3]) Das Municipale wurde 1765 mit Zusätzen versehen, 1790 neuerdings in Druck gelegt. Den Abschluss der Kodifikationen brachte das Bürgerliche Gesetzbuch, 1832, das von Kasimir Pfyffer kommentiert wurde: Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern.

§ 2.

BEGRÜNDUNG UND BEGRIFF DER UNEHELICHEN GEBURT

Begründung des ausserehelichen Kindsverhältnisses - Ehe und Ehre - Zu frühe und zu späte Geburt - Kinder aus nichtigen Ehen - Ehebruchskinder - Bezeichnungen.

Das ausserehelliche Kindsverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter wird durch die blosse Tatsache der Geburt begründet. Zur Feststellung ist eine ausdrückliche Anerkennung nicht notwendig: mater semper certa. Eine einfache Statusklage wäre zwar denkbar, aber sie wird von unsern Rechten meistens gar nicht berücksichtigt [1]). Zwischen dem Kind und dem Vater wird das ausserehelliche Verhältnis rechtlich auf zweifache Art geschaffen bezw. festgestellt, entweder durch freiwillige Anerkennung [2]) oder durch Urteil auf Grund erhobener Klage, wie schon Municipale IX, § 2 bestimmt: „wann einer auch eine Frau oder Tochter schwängert, und das Kind an die Welt kombt, er habe das selbige gleich guethwillig, oder vor dem Rechten für sein Kind angenommen....".

Zahlreich sind die Hinweise in den Ratsbüchern auf die unehelichen Kinder. Die relativ eingehende Behandlung des Problems der Unehelichen in den Stadtrechten, hauptsächlich im Erbrecht, und die grosse Zahl der Entscheidungen in den Ratsbüchern, besonders hinsichtlich der Unzuchtvergehen, spricht dafür, dass die unehelichen Geburten im 15. und 16. Jahrhundert häufig waren, wenn auch diesbezügliche statistische Angaben fehlen [3]). Wann aber ein Kind unehelich ist, diese Frage findet sich in den alten Quellen nirgends direkt beantwortet. Durchgehen wir aber den Stoff, den die vielen Entscheide uns bieten,

[1]) Gmür, Zeitsch. Bern. Juristenvereins XXXV 516 f, — Huber I 486 f.

[2]) Betr. die rechtl. Natur der Anfechtungsklage vergleiche § 7. — Dargun, Mutterrecht und Raubehe 49. — Nagorski, Das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Vater 8 f.

[3]) Segesser II 736 spricht von einer ungezügelten Sinnlichkeit, welche die zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts kennzeichnet. — Liebenau, Das Alte Luzern 80 f: Frauenhäuser sollen in Luzern schon vor der Schlacht bei Morgarten bestanden haben. — Pfyffer, Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern 154 f, 230 f: Fälle der Unzucht waren nicht selten, sie wurden bald milde, bald strenge bestraft. Ein öffentliches Frauenhaus fand Duldung. — Betr. Einfluss der Reformation, vergl. Escher, Die Rechtsverhältnisse der Frauen 61.

so lässt sich eine Aufzählung rekonstruieren, die aber nicht abschliessend sein kann, da nicht anzunehmen ist, dass alle unehelichen Geburten vor den Rat zur Anzeige kamen.

Die uneheliche Geburt war von einer gewissen Unehre begleitet. Ehre und Ehe sind in der alten Rechtssprache nahe miteinander verwandt. Eike von Repgau verlangt im Sachsenspiegel zur Vollbürtigkeit in familien- und ständerechtlicher Beziehung, dass das Kind echt und frei sei. Dazu war notwendig, dass die beiden Eltern väterlicher- und mütterlicherseits und ebenso die beiden Kindeseltern echt sind [4]). Diese Anschauung hat sich im 15. Jahrhundert gemildert. Wohl war das Kind, das in einer rechtmässigen Ehe von Eltern, von denen eines oder beide unehelich waren, den Ehelichen im Erbrecht nicht gleichgestellt, aber das Luzerner Stadtrecht von 1480 lässt sie doch als eheliche gelten SR 26: „Aber sezen wir, wo ein vatter old mutter vnelich sind vnd aber eliche kind nach tode land, Hand ioch die selben elich bruder oder swöstern, so erbent doch die eliche kind Jren vatter old mutter an allem Jrem verlasnen gut, vngehindert des das Jr vatter oder Jr mutter vnelich gewesen sind". Der Makel der elterlichen oder gar der grosselterlichen Geburt vererbte sich nicht mehr weiter. Zur Ehelichkeit genügte also die Herkunft aus einer gültigen Ehe. Die Entscheidung, ob eine Ehe gültig ist oder nicht, ist eine Sache geistlichen Rechts. Unehelich sind die ausser der Ehe erzeugten Kinder. Hierher gehören selbstverständlich diejenigen, welche aus einer Verbindung herstammen „wann Ledigs mit Ledigem in dem Laster der Unzucht verfählt" [5]) oder wie das Kirchenrecht von Escholzmatt um 1500 dies umschreibt: „Aber ist recht, wo lüt mit einander werbend, die ledig, vnd daz inen kind mit einander werdent" [6]).

Wir haben gesehen, dass die Geburt in einer rechtmässigen Ehe Voraussetzung der Ehelichkeit ist. Spärlich sind die Quellen, die Aufschluss geben, ob die Geburt in der Ehe zur rechten Zeit erfolgen musste, wie die zu frühe Geburt, d. h. die Kinder, die vor Eingehung der Ehe erzeugt, und die zu späte Geburt (nach Auflösung der Ehe geborene Kinder) behandelt wurde. Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, weil in den Ratsprotokollen die Worte erzeugen und geboren werden vielfach in gleichem Sinne angewendet werden.

---

[4]) Ssp. 1, 51, 3. — Weniger streng ist der Schwsp. XXXVIII, Von rehtelosen Liuten: Kemphen und iriu kint, und alle, die unelichen geboren sint, ... die sint rehtlos. Die unelichen geboren sint, die mugen ihr reht wider gewinnen, ob si elichen hirat begent. Si erben kein gut von ir magen, aber irui kint erben wol von iren friunden ir erbgut.

[5]) M IX, § 5. — BGB § 80: Uneheliche Kinder sind diejenigen, welche ausser der Ehe erzeugt, und von einer unverehelichten Weibsperson geboren werden.

[6]) Grimm, Weistümer IV 380.

Ziehen wir zum Vergleich den Schwabenspiegel heran, so sehen wir, dass er alle vor der rechten Zeit geborenen Kinder als unehelich erklärt, denn die Erzeugung vor Beginn der Ehe trägt schon einen Makel in sich: „Swenne ein wip erste einen man nimt, gewinnet si kint vor ir rehten zit, man mac daz kint beschelten an sinem rehte“ [7]). Das Luzerner Stadtrecht tritt überhaupt nicht auf die Frage ein. Die Ratsbücher beschäftigen sich in älterer Zeit wenig mit diesem Tatbestand. Es scheint jedoch, dass die alte starre Regel des Mittelalters schon früh nicht mehr in ihrer ganzen Strenge bestand, nach der ein Kind nur ehelich ist, wenn es nach Abschluss der Ehe erzeugt wurde. So beschwert sich, nach einem Ratsentscheid von 1647, Anna Andeller, dass man ihre Heirat verhindern wolle, unter dem Vorwand: „wyl sy vor der Hochzeit Jrer geliebten Eltern sälig erzüget worden“. Der Rat entscheidet: „Wyl Jederzeit in derglychen fäälen die vor der ehe erzügte, vnd nachgenz durch die ehe geehelichte kinder solcher Erbschaft fähig geachtet vnd gehalten worden, sy gleichfaals bey solchem brucht geschützt werden solle“ [8]). Die Präsumtion, pater est, quem nuptiae demonstrant, scheint sich allmählich durchzusetzen. Wurde aber die Ehelichkeit mit Erfolg bestritten, so galt das Kind als unehelich: „Vff verhörung der parthyen klegdten Ist Erkent, diewyl syn Müllers Ehefrouw am ihme Ehebrüchig worden, das er Müller nit schuldig noch verbunden syn sölle, die friow noch das kind zeerhallten, sonder diewyll der herr die frow so schandlich verfellt, so sölle Er die frouw vnd das kind, so sins guots so vill verhanden, erhallten vnd söllent hiemit die geschworenen all des herren haab vnd guot inn verhafft leggen“ [9]).

Der Sachsenspiegel bezeichnet die zu spät, d. h. nach dem Tode des Vaters geborenen Kinder, getreu seiner strengen Auffassung, als unehelich. Weniger schroff ist die Regelung im Schwabenspiegel [10]). Für diesen Tatbestand wurde in Luzern ein Verfahren angewendet, das dem der Vaterschaftsklage sehr ähnlich ist

---

[7]) Schwsp. XXXVII, Von unzitigen kinden. — Ssp. 1, 36, 1. —

[8]) RB LXIX 107 a 1647. — Vergl. § 10. — BGB § 59: Das vor dem hundert und achtzigsten Tag, von der Heirath an gerechnet, geborene Kind kann vom Ehemann nicht verläugnet werden, wenn er vor der Heirath von der Schwangerschaft Kenntnis hatte.

[9]) RB LVI 277 a 1619. — RB LVI 299 a 1781: „Weilen Regina Menz von Willisau, des Meisters Aloys Buholzers Ehewyb, eingestanden, das sie vor angetretner Ehe von einem gewüßhen Lederer geschwängert worden, So haben m.g.H. und Oberen bey solch bewanten Umständen angesehen und erkent, das obige Menz ihr demnach unehelich erbohrenes Kind dem Vater zustellen solle.“

[10]) Ssp. 1, 36, 2. — Schwsp. XXXVII: und gewinnet ein wip kint nach ir rehten zit, nach ires wirtes tode, man mac ez ouch beschelten, wan ez ze spate komen ist. Disiu zweier hande kint, swer diu rehtvertigen wil,

RB XXXVI 174 b 1578: „Die Witwe soll durch herrn lüdtpriester examiniert werden vnd befragt werden wes das kind sige, gibt sy dann das kind Peter Barben sälig (ihrem vorverstorbenen Manne) by Jrem eydt, sol es darby blyben, wo aber sy nidt das kind by Jrem eydt wellte geben, alldann sol der handel widerumb für m(ine) g(nädige) h(erren) komme, vff sölligs hatt gedachte Elsbedt marpachin mitt dem Eydt erhallten, das söllich kind, gilg genanndt, Jres Eemans Pedter Barben seligen Eelicher sun sige, So habend m. g. H. sich widter erkandt, das söllicher gilg ein Eelicher sun syn vnd glych wie andre Pedter Barben seligs Erben Jn Pedter Barben seligen gut zu glychen theil gan vnd Erben sölle" (gekürzt). Versuche, die Empfängniszeit rein zahlenmässig zu berechnen, finden sich erst im Gesetz von 1825 [11]). Als ehelich wird nach einem Entscheid von 1710 ein Kind bezeichnet, und zwar auf Grund eines consilium medicorum et peritorum, das dreiundvierzig und eine halbe Woche nach dem Tode des Mannes geboren wurde [12]).

Unehelich sind auch die Kinder aus nichtigen Ehen. War aber die Nichtigkeit dem Vater zur Zeit der Zeugung nicht bekannt, so gelten die Kinder, wenigstens in neuerer Zeit, als ehelich, RB LXIII 2 a 1797: „...Anbey auch erkennt, dass da er sich unbewusst siner unehelichen Abstammung verheiratet, dieses weder ihm noch seinen Kindern zu keinem Nachteil gereichen, und selbe als in rechtmässiger Ehe erzeugt angesehen werden sollen".

Zu den Unehelichen zählten die unter einem Eheversprechen erzeugten Kinder, wenn die Ehe nachher nicht zustande kam: „Zwüschen Hans Gürbers tochter vnd Heini Würtzen ist erkent, das min Her Schultheis mit dem Würtzen rede in früntschaft, ob er die tochter mit dem kind nemen wölle, vnd ob er das nit thun will mit gütz, so soll er schweren Ein Eyd, das er Jro gar nüt verheissen habe der E halb, das er dan von Jro sin sölle doch nitdestominder Jre das kind abnemen" [13]).

Ehebruchskinder sind stets unehelich, wie eine Menge von Entscheiden zeigen: „Ist erkennt das der schwendimann sölle der anna schrouffenegger das kind abnemen vnd erzüchen,

---

sint si degenkint, so sol man ir zil raiten zeminsten ein und vierzic wochen — diu eine woche ist in ze genaden dar zu gesezet —, den meidelinen ane eine vierzic wochen.

[11]) Gesetz vom 6. May 1825, die Art der Stellung und Erwahrung der Vaterschaftsklagen, die Bestrafung der Schuldigen etc. § 6 c Vollständig wird der Beklagte von der auf ihn gestellten Vaterschaftsklage losgesprochen durch den Thatumstand, wenn nämlich das Kind von der angegebenen Schwängerung bis zum 300sten Tage nicht, oder vor dem 180sten Tage geboren wird. — Vergl. BGB §§ 57, 59. Anmerk. 8.

[12]) RB LXXXIX 28 b 1710.

[13]) RB XII 173 a 1523. — Vergl. Anmerkung 8 und § 10.

vnd die wyll er dann ein Eefrow hadt vnd die Ee gebrochen, soll er m. g. h. xx (20) gl für den Eebruch bezalen“ [14]). In rechtlicher Beziehung standen die im Ehebruch gezeugten Kinder besser als im modernen Recht, eine Anerkennung von seiten des verheirateten Mannes war möglich: Hans Wagner bittet den Rat, er möchte sein uneheliches Kind legitimieren, weil er „by siner husshalterin, die er mit pewilligung m. g. H. angestellt alls syn eeliche husfrow an ime brüchig worden, ein kind gezüget“ [15]). Die Entscheidung über die eheliche oder uneheliche Geburt eines Kindes war im Bestreitungsfalle Sache des geistlichen Richters: „....ob sin sun elich si oder nit, die sach hant min herrn vmb die elichkeit gewist für geistlich gericht“ [16]).

Was die in Blutschande gezeugten Kinder anbetrifft, so gehören sie selbstverständlich zu den unehelichen: „Cunrat Schurtenberger der wirt zu Mallters ist vff hütt fürgstellt worden vmb das er sines bruoders frowen ein kind gemacht, dasselbig harnach mitt zwenzig gulden hin weg geschenckt. Allso vff verhoer syner amtwort da er sich entschuldiget das kind nitt verschenckt sonder siner basen zuo erziechen geben mit sampt xx gl zu dem so sige sin bruoder langst tod vnd er gar trunken gsin, Ist nach allem handell erkennt, das er sölle Jn thurm gleit vnd nitt vssglassen werden bis das er m. g. h. 1 (50!) gl buoß gibt vnd soll dannerhin gan Einsidlen gan bychten vnd Minem h. Schultheißen den bychtbrieff bringen, diewyll der handell so schwär vnd wichtig Ist, derhalben Ist er nach gnad gstrafet, sonst wärend m. g. h. wol befugt gsin, sölchen handel hoher zu straffen“ [17]).

Zusammenfassend ist zu sagen: die Luzerner Rechte kennen nicht verschiedene Arten von unehelichen bezw. ehelichen Kindern. Insbesondere nehmen die Brautkinder keine privilegierte Stellung

---

[14]) RB XXXVII 282 a 1581. — RB XXXVI 232 b 1579: „Vff hütt hannd m. g. h. Iren Münzmeister von wegen sines Eebruchs nach vermög des ansechens vmb xx gl gstrafft vnd die Luschen mit Jren kinden gen Strassburg, da sy dann anheimsch, verwisen“. — In älterer Zeit finden sich mehr Entscheide, in denen die Ehefrau als Ehebrecherin auftritt. Ob hier eine Nachwirkung der germanischen Auffassung vorliegt, wonach ein Ehebruch nur dann stattfindet, wenn die Gattin sich mit einem andern vermischt, ist zwar kaum anzunehmen. Vergl. Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung 207. — Vergl. Anm. 9 und die vielen Entscheide z. B. RB XXXVI 368 b 1579, VI 77 1485, XIX 162 a 1549. — Vergl. Segesser II 686 f.

[15]) RB XLVII 208 1606. — ZGB 303.

[16]) RB III 65 b 1419. — Vergl. RB XXXVI 174 b 1578 Seite 14.

[17]) RB XXIX 236 1572. — RB XV 66 b 1538: „Des Rebmans von Bueren sons halb so mit sines schwagers frowen zu schaffen gehept ouch kind gemacht hat, Ist angesächen Jnn Jn das hals ysen zestellen etc.“ Vergl. die Entscheide § 9. — Auch die Legitimation eines in Blutschande gezeugten Kindes war möglich RB LI 129 a 1766: „Demnach Josef Hofstetter vgghh und Obern in geziemender Ehrforcht reumüthig vorstellen lassen, wie daß Er vor 2 jahren als Er verehelichet war, sich mit seines

ein. Diese werden schlechthin als uneheliche behandelt, wenn auch das Stadtrecht eine Reaktion vorsieht für den Fall: „Wer den andern der ee anspricht vnd den nit bezücht“ [18]). Diese ist aber nur strafrechtlicher Natur. Ehewidrige Kinder, d. h. solche aus ehebrecherischer oder blutschänderischer Verbindung, stehen nicht schlechter als andere Bastarde. Natürlich besteht der römischrechtliche Unterschied nicht mehr zwischen Kindern „so mit einer allgemeinen Hur und Dirn gezeuget oder mit einer erlaubten Concubin, weilen aller Beyschlaff außert dem Ehe-Stand nach den Göttlichen und Menschlichen Gesetzen verbotten und unzulässlich ist“ [19]). Es ergibt sich daher, dass ganz wie nach modernem Recht als Uneheliche betrachtet werden:

1. Kinder, die von einer Mutter geboren werden, die weder zur Zeit der Geburt des Kindes, noch zur Zeit der Empfängnis in gültiger Ehe lebte.
2. Kinder, die während der Ehe erzeugt und geboren werden, deren Ehelichkeit aber mit Erfolg angestritten wurde.

Die Volkssprache hat sich mit ihrer ganzen Wortfreudigkeit um die Unehelichen bekümmert. In einer Offnung des Amtes Willisau von 1408 werden sie fruntschaftskinden genannt [20]). Bankert hat sich bis auf den heutigen Tag in der Landschaft erhalten [21]). Sehr bezeichnend für die Einstellung gegenüber den Unehelichen ist der Ausdruck Holzöpfel (Holzapfel), der jetzt noch gebräuchlich ist. Unflatskind hat teilweise einen andern Sinn angenommen [22]). Mit dem Ausdruck hubscher kind wurden nicht nur Bastarde, sondern auch Kinder der Spielleute bezeich-

---

Ehe-wibs Nièce versündigt, unt mit selber eine Tochter erzeugt, dermals aber, nach seines ersten Ehe-wibs Tod, in betracht der von der geistlichen Curia erhaltenen Dispensation diese Person geheiratet, und demzufolg auch um gnädigste Legitimation dieses Kinds unterthänigst angehalten, habenn ugghh. und Oberen etc.“

[18]) SR 117: „Wir sezen ouch vnd ist ouch vnser alt harkomen vnd stattrecht, wer old welche ein andern der ee ansprechent, weder teil dann den andern teil der ee angesprochen hat vnd der mit recht vnder geligt also da er old sy die person, So sy angesprochen, nit bezogen hant, der ist vnser Statt ze buss zechen pfund verfallen.“ — Waren aber Kinder unter einem Eheversprechen erzeugt worden, so suchte man den Schwängerer zu bestimmen, die ausserehelichе Mutter zu heiraten RB XIII 221 1523: „... Ist erkenndt, wo Michell einen eyd lyblich zu Gott vnd den heyligen schweren mag, das er Jro die ee halb nitt verheissen ..... wo er aber den eyd nitt thun möcht, sölle er si haben vnd mitt Jro zur kilchen gan.“ Vergl. Anm. 13 und § 10.

[19]) Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 429.

[20]) Idiotikon II 345. — Vergl. Grimm, Rechtsaltertümer 457.

[21]) Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 429: Banckarten oder auf dem Banck gezeuget, auch Bastarten oder von boeser Art.

[22]) Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 429 stellt fest, dass z. B. nach dem Erbrecht von Schaffhausen „die von ehelicher Person aussert der Ehe oder in verbanneten Freundschaft gebohrne Bastarten oder Unflatskinder genennt werden“.

net [23]). In den Taufbüchern findet sich die Benennung illegitimus bezw. illegitima. Hingegen ist nirgends eine Bezeichnung anzutreffen für Brautkinder [24]). Hêrenkinder heissen die Priesterkinder, Konkubinen der Geistlichen werden als Pfaffenfrauen charakterisiert [25]). Die ausserehelichе Mutter wird im Amtsrecht von Willisau Mäze genannt, in den Ratsbüchern wird damit allgemein eine liederliche Frau bezeichnet [26]), wie auch mit dem Ausdruck Lusche, der sich oft in den Ratsbüchern findet [27]).

---

§ 3.

a) DIE FESTSTELLUNG DER VATERSCHAFT IM ALLGEMEINEN

Das Kind folgt dem Busen - Auftreten der Klage um Magdtumb oder Blumen - Ursprünglicher Inhalt der Klage - Maternitäts- und Paternitätsgrundsatz im 19. Jahrhundert - Klagerecht - Passivlegitimation - Uebergang der Passivlegitimation auf die Erben.

Das alte deutsche Recht wusste nichts von Ansprüchen des ausserehelichen Kindes an den Vater. Der Uneheliche folgte dem Busen [1]), d. h. der Mutter. Sie allein war verpflichtet, für ihn zu sorgen. Wie weit überhaupt die Grundsätze des Mutterrechtes bei den Germanen gegolten haben, ist sehr bestritten. Dass hier aber mutterrechtliche Prinzipe den primitiven Zuständen entsprechen, da die Mutterschaft immer sicher und offenkundig ist und das Vaterrecht eine höhere Rechtsentwicklung voraussetzt, scheint verständlich [2]). War die Mutter nicht in der Lage, für

[23]) Idiotikon II 966.

[24]) Leu, Eyd. Stadt- und Land-Recht I 433: Brautkinder sind „die nach dem beschehenen Ehe-Versprechen vor erfolgter ehelicher Einsegnung in frühzeitigem Beyschlaff erzeugte und in den ersten Monaten der Ehe gebohrene Kinder, welche daneben auch Frühlings- oder Früh-auf-Kinder genennt werden". — Betr. Begriff der Brautkinder im modernen Recht vergl. ZGB 260, Tuor, Das neue Recht 111, 112, Kommentar Gmür, Familienrecht II, Art. 260.

[25]) Segesser II 736.

[26]) Idiotikon IV 612, Zsch. f. Schz. Recht V a. F. 102. — RB XVI 392 b 1545: „Alls dann der lupriester zu hasli Jn Entlibuch by siner metzen glegen ...". — RB XVI 97 a 1543, XXV 34 1560. — § 9 Anm. 19.

[27]) Idiotikon III 1461. — Vergl. RB XXXVI 232 b 1579 Anm. 14.

[1]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter. — Huber IV 533.

[2]) Ficker Julius, Untersuchungen zur Erbfolge des ostgermanischen Rechtes III § 899 f: bei den Ostgermanen entwickelte sich schon früh das Vater-

den Unterhalt aufzukommen, so fiel diese Sorge den Verwandten und schliesslich der Gemeinde zu. Aber die wachsenden Lasten des Armenwesens riefen nach einer Aenderung. In welcher Richtung sich diese auswirken musste, zeigte das Erbrecht. Der ausserehelichе Vater gab oft freiwillig, vielleicht manchmal auch unter einem moralischen Zwange, einen Beitrag zum Unterhalt. Weiterhin war es ihm möglich, durch Testament dem Kind etwas zuzuwenden. Es ist begreiflich, dass man unter den gegebenen Umständen bald dazu überging, den Vater, als den wirtschaftlich stärkern, rechtlich zu belangen.

Die ausserehelichе Vaterschaft wurde ursprünglich durch die freiwillige Anerkennung festgestellt. Der prozessuale Paternitätsbeweis war den ältern Rechten unbekannt. Erst in der Mitte des 15. Jahrhunderts kam die Vaterschaftsklage auf, und zwar ist anzunehmen, dass sie anfänglich nur eine untergeordnete Rolle spielte, dass die freiwillige Anerkennung immer noch vorherrschend war. Dies lässt auch der Wortlaut des Artikels 120 des Stadtrechtes von 1480 vermuten: „Aber sezen wir, wollen ouch das vestenklichen halten, welcher einer frowen oder dochter ein kind macht, hilft er Ir nit in der kindbette, soll er Ira das kind abnemen vnd das ane Iren costen züchen etc.“ [3]).

Die Vaterschaftsklage oder die Klage „Vmb angesprochen Magdtumb oder Blumen“, wie sie in unsern Quellen heisst, war ursprünglich wohl nur auf die Verabreichung von Alimenten gerichtet, mit einer Entschädigung für Blumen etc. an die Geschwächte. Da aber das Kind regelmässig dem Vater übergeben wurde, der es zu verpflegen hatte, entwickelte sie sich unmerklich zur Statusklage [4]). Das Kind erhielt, wenigstens später, den Geschlechtsnamen und das Heimatrecht des Vaters, dem auch dessen Unterhalt und Erziehung oblag. Das Municipale sagt denn auch in Titel IX, § 1: „wenn ein solche (geschwängerte Weibsperson) in ihren Kindsnöthen auf ihr Gewüssen einen für den rechten Vater angibt, und ihme das Kind zu taufen lässt, soll derselbe auf solches hin das kind zu sich nemen.“ Die Statusklage hat sich durchgesetzt, und zwar selbstverständlich nach dem Prinzip der Paternität, wenn auch das Kind rechtlich in keine verwandtschaftliche Beziehungen zur Familie des Vaters eintritt.

---

recht, während bei den Westgermanen die ausserehelichе Vaterschaft keine Rechtswirkungen zeigte. — Kritik von Brunner, Die uneheliche Vaterschaft in den ältern germ. Rechten, Zsch. f. Rechtsgeschichte XVII 31 f.

[3]) Vergl. § 2, Seite 11 M IX.

[4]) Der Vater sorgte für „Kind und Kegel“. — Vergl. § 6, wo Natur und Inhalt des Klageanspruches behandelt werden, da sich diese Fragen mit denen der Alimentationspflicht decken.

Erst dem 19. Jahrhundert war es vorbehalten, die Frage der prinzipiellen Zulassung der Vaterschaftsklage eingehend zu erörtern. Ein Gesetz von 1825 gab dem Richter die Befugnis, unter Umständen die Mutter zur gänzlichen Erhaltung des ausserehelichen Kindes anzuhalten [5]). Diese Regelung beseitigte das BGB insofern wieder, als es dem Paternitätssystem folgte, ausser wenn die Geschwächte bereits einmal ausserehelich geboren hatte. In diesem Falle wurde sie nicht zum Eide zugelassen (sie hatte demnach kein Klagerecht). Das Prinzip der Maternität galt daher für alle unehelichen Kinder, deren Mütter schon einmal ausserehelich geboren hatten [6]). Hingegen wurde der bekannte ehemalige Grundsatz des Code civil, la recherche de la paternité est interdite, in einzelnen Kantonen der Schweiz angewendet [7]). Infolge von Artikel 48 der BV von 1848, welcher vorschrieb, dass alle Schweizerbürger in der Gesetzgebung den Bürgern des eigenen Kantons gleichgestellt werden sollen, kam der Kanton Luzern in eine nachteilige Stellung gegenüber den Kantonen, in denen der Maternitätsgrundsatz galt [8]), da Luzern von diesen Kantonen gleichwohl die unehelichen Kinder dortiger Mütter übernehmen musste, wenn sie einen Luzerner zum Vater hatten. Anderseits nahmen diese Kantone die ausserehelichen Mütter, aus dem Kanton Luzern stammend, deren Kinder einen dortigen Angehörigen zum Vater hatten, nicht auf [9]). Deswegen, auf einen Auftrag des Grossen Rates hin, arbeitete der Regierungsrat einen Gesetzesvorschlag aus, der im wesentlichen dahin ging, dass das uneheliche Kind hinsichtlich Heimatrechtes und des Geschlechtsnamens der Mutter folgen und dasselbe auch von ihr unterhalten und verpflegt

[5]) Gesetz vom 6. May 1825, die Art der Stellung und der Erwahrung der Vaterschaftsklagen etc. — Schon vorher, im „Beschluss, anordnend das Gegenrecht gegen die im löbl. Stand St. Gallen bestehenden Vorschriften über die Behandlung der Vaterschaftsklagen", bestimmte der § 2: Uneheliche Kinder erhalten den Namen der Mutter, von ihr auch Verpflegung, Heimat und Bürgerrecht. § 3: Geständige oder rechtlich anerkannte Väter sind zu Beiträgen an die Unterhaltungskosten und zu einer billigen Entschädigung für das Wochenbett angehalten. 18. April 1822, GS 1814—1831 V 9 f.

[6]) BGB § 91. Vergl. § 4. — Gesetz von 1825 bestimmte ausdrücklich: Die unehelichen Kinder erhalten in der Regel das Heimatrecht des Vaters, nur bei einer gänzlichen Lossprechung des Beklagten folgt das Kind dem Heimatrechte der Mutter.

[7]) Eine Darstellung der Verhältnisse in der übrigen Schweiz gibt Ostertag, Die familienrechtl. Stellung des ausserehelichen Kindes, 9 f. — Vergl. Anm. 8.

[8]) Am 3. Dez. 1851 musste der Grosse Rat den § 95 des BGB für unanwendbar erklären, da er bestimmte: „Weibspersonen, welche nicht hiesige Angehörige sind, haben in Vaterschaftssachen blos insofern ein Klagerecht, als die Gesetze ihres Heimathorts ein solches den hiesigen Angehörigen ertheilen, wofür der Beweis geleistet werden muss. — Für die übrige Schweiz vergl. Bürcher, Ueber die Zulässigkeit der Vaterschaftsklagen 17.

[9]) Vergl. die statistischen Angaben im Bericht der Kommission 15.

werden solle. Nur bei einer freiwilligen Anerkennung von seiten des Vaters kann dieser zu Alimenten verpflichtet werden. Der Grundsatz der Maternität ist nach dem Dafürhalten der Kommission ganz richtig, und zwar schon aus dem Grunde, weil, wie angeführt wird, der Beweis der Zeugung ganz unmöglich und der Beweis des Beischlafes beinahe unmöglich ist, auch vom Beischlaf auf die Zeugung ein Schluss nicht gezogen werden kann [10]). Der Bericht sagt weiter: „Die Verteidiger des Paternitätsgrundsatzes behaupten, es sei eine Ungerechtigkeit, dass hinsichtlich einer verbotenen Handlung, welche von zwei Personen begangen wurde, nur die eine die üblen Folgen trage, die andere hingegen leer ausgehen soll. Diese Behauptung dürfte etwas für sich haben, wenn der Vater in jedem vorkommenden Falle bekannt würde. Aber gerade hier sitzt der Knoten. Leugnet der Beklagte, so ist kein ordentlicher Beweis möglich, sondern der ganze Beweis beruht zuletzt auf der Aussage der Klägerin, und in gar vielen Fällen weiss diese selbst nicht mit Gewissheit, wer der Vater ihres Kindes ist" [11]). Steht hingegen der Vater freiwillig zur Vaterschaft, so soll er zu einem jährlichen Beitrag an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes verpflichtet werden [12]). Was das Wachstum der Zahl der unehelichen Geburten anbelangt unter dem Maternitätsgrundsatz, so verweist der Bericht auf die statistischen Ergebnisse, die eher für das Gegenteil sprechen. Endlich ist gewiss, um mit den Worten der Kommission zu reden, dass der Maternitätsgrundsatz sehr viele Prozesse und sehr viele ärgerliche Umtriebe und Machenschaften beseitigt [13]). Nichtsdestoweniger befürchtet die Kommission gleichwohl, dass der Maternitätsgrundsatz in seiner vollen Ausdehnung keinen Anklang, sondern eher grossen Widerstand finden werde, da seit der Bekanntmachung

[10]) Gmür, Zsch. Bern. Jur. Vereins XXXV 529: Dieser Einwand erscheint zwar an und für sich sachlich, allein er ist ungenügend. Ein direkter Beweis der Vaterschaft ist auch bei ehelich geborenen Kindern unmöglich und niemand kommt es in den Sinn, ihn zu verlangen. So darf auch den Unehelichen billigerweise nicht mehr zugemutet werden, als der Nachweis, dass der als Vater bezeichnete in der kritischen Zeit mit der Mutter den Beischlaf ausgeübt hat. — Vergl. Marianne Weber, Mutter und Ehefrau in der Rechtsentwicklung 205 f „Herrenmoral".

[11]) Begreiflich erscheint diese Argumentation erst dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass damals jede ausserehelich Geschwängerte als eine „Weibs-Person" angesehen wird, „der man nicht wol viel Glauben zustellen kan". Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 429 f. — Bürcher, Ueber die Zulässigkeit der Vaterschaftsklagen 41 f.

[12]) Das widerspricht einem Billigkeitsgefühl, dass der Vater nur dann für die Folgen eines „Fehltrittes" haften soll, wenn er sich dazu bequemen will. Damit verschafft man auch zugleich den verantwortungslosen Vertretern des männlichen Geschlechtes einen Freibrief, damit sie ihr Spiel ohne nachteilige pekuniäre Folgen treiben können.

[13]) Gmür, Zsch. B. Jur. Ver. XXXV 530: gewöhnlich liegt der Skandal in der unsittl. Handlung, nicht im Prozess, bei dem man ja die Oeffentlichkeit ausschliessen kann.

des Vorschlages des Regierungsrates sich viele Stimmen in diesem Sinne vernehmen liessen [14]). Aus diesen Erwägungen heraus unterbreitete sie noch einen zweiten Vorschlag (dem Bericht beigelegt), indem der Mutter ein Klagerecht auf Alimentation gegen den Schwängerer eingeräumt wird. Dieses Gesetzesprojekt wurde 1854 vom Grossen Rat entschieden abgelehnt. Ein neuer Antrag vom März 1859 wanderte an den Regierungsrat. Der Grosse Rat verwarf mit wenigen Stimmen Mehrheit das vorgelegte Projekt, nachdem er es zweimal durchberaten und nach der ersten Lesung fast einstimmig angenommen hatte [15]). Erst das Gesetz vom 12. April 1865 folgte einem gemilderten Maternitätsgrundsatze, indem eine Alimentationsklage gegen den ausserehelichen Schwängerer gegeben wird. Die Kinder erhalten aber alle das Ortsbürgerrecht der Mutter und tragen ihren Geschlechtsnamen [16]).

Wenn wir zuerst die Subjekte der Vaterschaftsklage betrachten, so weist das Stadtrecht eine Bestimmung auf, die das Klagerecht der Geschwächten zuerkennt: „Welcher einer frowen oder dochter ein kind macht, hilft er nit in der kindtbette, So sol er Jra aber das kind abnemen vnd das ane Iren costen züchen. Doch hat die frow den gewalt, das sy mag von dem, So Jr das kind gemacht hat, nach Irem gevallen stür oder hilff nemen oder nit, weders sy will“ [17]). Dass die Mutter zur Klageanhebung in erster Linie legitimiert ist, zeigen die vielen Ratsentscheide, die regelmässig nach folgendem Schema beginnen: „Zwüschen der bömlin vnd dem alten appenzeller“ oder „Zwüschen Anna Schruffenegger an 1, Sodanne Niclaus Schwendimann 2, Ist erkennt etc.“ [18]). Berechtigt zur Klage ist auch die „frow“, d. h. die verheiratete Ehefrau, die ein Kind im Ehebruch empfangen hatte: „Zwüschen knüssel vnd des schniders wib hand bed rätt sich bekennt, dz des schniders wib dem knüssel dz kint by jr eid geben vnd sol den eid tun sobald vnd sy vß der kindbette kompt. Damit sol der knüsssl jr dz kind jetz angentz abnemen

[14]) Regiunkel von Ruswil, Einiges zur Beurteilung des Maternitätsgesetzes, wie es im Entwurf vorliegt.

[15]) Weber, 49.

[16]) Gesetz betr. die unehelichen Kinder vom 12. Herbstmonat 1865, in Kraft getreten den 29. Weinmonat 1865, Ratsverhandlungen XXVIII 276 f, XXIX 110 f, 219. — Der Streit um die beiden Grundsätze kam nochmals zur Sprache, als durch eine Motion Bösch vom 31. Mai 1876 der unbeschränkte Maternitätsgrundsatz eingeführt werden sollte. Der Motion wurde keine Folge gegeben.

[17]) SR 120. — Die betr. Stelle im Municipale heisst M VIII § 3: „Bezücht auch eine solche Geschwächte Tochter jhr Klag und Ansprach gegen ein Manns-Bild etc.“

[18]) RB V A 518 1481. — RB XXXVII 282 a 1581. — BGB § 81: Jede unverehelichte Weibsperson soll ihre Schwangerschaft, sobald sie von derselben Kenntnis hat, dem Präsident des Gerichtes, welchem laut § 87 die Beurteilung der Vaterschaftsklage zusteht, anzeigen.

vnd vmb den costen sol etweder teil sin costen an jm selber haben“ [19]). Es widerstreitet zwar dies der allgemeinen Rechtsregel, dass niemand gezwungen sei, sich selber anzuzeigen, denn die ausserehelichе Schwängerung bedeutete auch für die Geschwächte ein Vergehen [20]). Aber man wollte damit dem Kindsmord Einhalt tun, anderseits auch den Gemeinden die Möglichkeit geben, ihre Interessen zu wahren. Wenn die Anzeige rechtzeitig erfolgte, so erreichte die Geschwängerte damit auch einen Vorteil: sie wurde der Sorge um den Unterhalt des Kindes enthoben. Hatte die Ehefrau im Ehebruch ein Kind konzipiert, so war auch ihr Mann zur Klageanhebung legitimiert: „Zwüschen Michael Rümeli eins, Sodanne sim eegmachel vnd irem fründ ist erkennt, so rümeli der kintbetti vnd gehebs kostens halb mit ansprach emberen, mag er darumb brosi pfyffer, dem das kind bim eyd geben, an neme. Rümeli sol syn eefrowe zu Im nen. vnd mit ir hushan vnd sy mit Im alls eelüth zimpt etc.“ [21]). Das Klagerecht war auch dem Vogt der ausserehelichen Mutter eingeräumt, denn jede unverheiratete Tochter und jede Witwe stand unter Vormundschaft [22]): „Zwüschen Martin Sitz vnd Wolfgang Spiller eins, Sodanne vli Imbach vnd else siner vogt Tochter anderteyls ist erkennt, das sy beyd das kind neme vnd erzüchen söllent ouch elsin ein zimliches kosten an die kindtbetti gen, so dann sy die Inbindet han, sel sy Jnen die geben“ [23]). Von einem Klagerecht des Kindes sprechen erst die Quellen des 19. Jahrhunderts [24]). In einem Entscheid von 1534 tritt der Bruder der Mutter als Kläger auf [25]). Dass die Gemeinde als Klägerin auftreten kann, ist bereits angedeutet worden. Das Unzuchtsvergehen wird von Amtes wegen verfolgt, und die Verfolgung endete gewöhnlich damit, dass, neben der Bestrafung der Beteiligten, das Kind dem Vater zur Erhaltung übergeben wurde: „Item heini schmid zu meggen ist gestraft vmb x gulden sol er minen herren geben vmb das er mit siner verdingten frouwen basen ze schaffen gehept vnd Jr ein kindli gemacht hat, vnd sol er mit dem vatter vnd der früntschaft vber komen vmb den bluomen vnd der kindt-

[19]) RB VI 77 1585. — Vergl. § 2 Anm. 9—SR 120: „Welcher einer frowen oder dochter ein kind macht etc.“ Vergl. Anm. 17.

[20]) Noch das BGB § 89 bestimmt, dass die Geschwächte und der Vater mit einer Strafe zu belegen seien.

[21]) RB XIX 162 a 1549.

[22]) Segesser II 461. — Die Bestellung eines curator ventris ist auch im BGB vorgesehen § 83, 84. Dieser hat für die Sicherheit der Geburt zu sorgen und insbesondere nach derselben den gerichtlichen Zuspruch des Kindes zu bewirken. Vergl. ZGB 307, 311 Ostertag, Die familienrechtl. Stellung des ausserehelichen Kindes 26 f.

[23]) RB XVII 96 a 1547. — Aehnlich RB XVII 14 a 1545, RB XXXII 97 a 1673.

[24]) BGB § 84, vergl. Anm. 22.

[25]) RB XIV 65 a 1534, vergl. Anm. 32.

bett“ [26]). Zusammenfassend, auf Grund der zahlreichen Entscheide, die zur Verfügung stehen, ist festzustellen, dass ursprünglich der allgemeine Grundsatz Anwendung fand, dass jeder, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Vaterschaft hatte, diese Klage erheben konnte, im Gegensatz zum BGB, das bestimmte, dass die Mutter die Klage einleiten muss [27]).

Passiv legitimiert ist der als ausserehelicher Vater Belangte [28]). Auch der Minderjährige, der familienrechtlichen Natur der Klage entsprechend, ist von der passiven Legitimation nicht ausgeschlossen: „Zwüschen dem Herren von Emmen als ein vogt Eins, Sodann ist erkennt das min herr Schultheiß ouch der priester all sich Jn disen sachen gebürt vor vnd Ee sy schwert gar grüntlich mit Jren reden söllendt, das sy für sich stehen sölle, was sy schwere, So sy dan dem knaben das kindt beim eydt geben mag wie recht ist soll der knab alls sich gebürt das kind ir abnemen vnd erziechen alls ein vatter sim kindt schuldig“ [29]). Gegenüber einem verheirateten Manne war die Klage auch zugelassen: „Zwüschen Anna Schruffenegger an 1, Sodanne Niclaus Schwendimann 2, Ist erkennt das der Schwendimann sölle der Anna Schruffenegger das kind abnemen vnd erzüchen, vnd diewyl er dann ein Eefriow hadt vnd die Ee gebrochen soll Er mgh xx gl für den Eebruch bezalen“ [30]). Für die Theorie, dass der Beischlaf ein öffentlichrechtliches Vergehen sei, das von Amtes wegen verfolgt werden musste, dass daher für den Konkubent eine Deliktsobligation entstehe, sprechen die Entscheide, in denen mehrere verpflichtet werden. Es ist dies eine Kollektivklage gegen die mehreren Schwängerer, die gemeinsam zu Leistungen an das Kind und die Mutter verurteilt werden: „Zwüschen Jacob Zyswyler schriner gsel von Ruswil, Sodann wagner gsel von Strassburg, Ist erkennt vff verhörung ires handels vnd dessentwegen gestalter kundschafft, das vnd derwyl der schriner gsel vnd der Wagner gsel, wie sy beid selbsten bekanntlich, mit dem meitlin vergriffen, wie fürbrocht, derhalben sy beid dz kind mit einandern nemen vnd erhalten sollen“ (gekürzt) [31]). Interessant ist ein Entscheid von 1534,

[26]) RB XII 234 a 1527. — Vergl. § 9.

[27]) BGB § 81. — ZGB 307 gibt das Klagerecht der Mutter und dem Kind. — Selbstverständlich ist der Ehemann zur Anfechtungsklage aktiv legitimiert BGB § 58, ZGB 253.

[28]) SR 120, vergl. Anm. 17. — M VII § 3, IX § 1. — RB XII 233 a 1525 etc. — Vergl. Ostertag, Die familienrechtliche Stellung des ausserehelichen Kindes 28.

[29]) RB XVII 14 a 1545. — Aehnlich RB LIX 166 b 1624.

[30]) RB XXXVII 282 a 1581. Vergl. § 2 Anm. 14. — ZGB 307, 323.

[31]) RB LVI 110b 1618. — Vergl. Anm. 23 RB XVII 96a 1547. — Einen andern Ausweg zeigt RB XXIX 386 1572: „Ist erkennt das der schilliger was bis vff die zytt das die frow deß kinds genäsen vnd wattenhofer von selbiger zytt bis vff den hüttigen tag des vffgelofenen kostens halb dem wirt zur krone vnd herren spitalmeister (bezahlen soll), dannerhin soll wattenhofer

indem zwei Konkubenten bis zur Geburt des Kindes verpflichtet werden, nachher soll die Mutter das Kind einem zuerkennen: „Zwüschen andris meyger eins siner schwester halb vnd zweyen pfister knechten anderteylls, Ist nach verhörung der kuntschafft erkent, das die xellen bed mit Einandern dem fröwlin oder dochter hellfend den costen tragen, Jro zu essen vnd trinken geben bis sy genist vnd sy got Enspindt (?), wan dan das kindlin worden ist, welchem sy das kind beim eid gibt der solle das nemen vnd das versorgen vnd Jro die kindspett ouch abtragen“ [32]). Zugelassen ist auch die Klage gegen die Erben des Vaters, wie im modernen Recht: „Schwanders Dirn, gret herin, sol an heilgen schweren, ob sy den rechten vatter des kinds wisse, dz ouch sy den nemen vnd dem das kind gebe, ob aber sy den rechten vatter nit weiss, So sol sy bi demselben jrem geschworenen eide Hansen etterlin noch sinen erben dz kind nit me vffbinden, Sunder das han vnd erzüchen on allem derselben. Hans Etterlis vnd siner erben costen vnd schaden“ [33]). Anders bestimmte das BGB. das eine Klage gegen einen Abgestorbenen nur für zulässig hielt, wenn ein vom Vater eigenhändig geschriebenes und unterzeichnetes, oder von einer Behörde oder von einem Notar und Zeugen abgelegtes Geständnis bewiesen wird [34]). Die gleichen Erwägungen waren dabei massgebend, die auch von den eidgenössischen Räten in Betracht gezogen wurden: es erscheint pietätlos, wenn über dem frischen Grabhügel des Verstorbenen ein Streit entsteht, der leicht zu einem Skandalprozess sich entwickelt, da der Tote sich nicht mehr verteidigen kann.

Den Inhalt des Klagebegehrens machen diejenigen Ansprüche aus, die von der Mutter gegenüber dem behaupteten Erzeuger des Kindes geltend gemacht werden [35]). Das Gesuch um Zuerkennung des Kindes an den Vater bildet den wesentlichen Inhalt der Klage [36]), dazu kommen noch die Entschädigung für Magdtumb

das kind neme vnd versorgen vnd der kindtbetti halb mit Jro sich beglychen.“ Diese Verpflichtung mehrerer wird einem Billigkeitsgefühl entsprungen sein, um so mehr als die Behörden sich keine Gedanken über jurist. Konstruktionen machten.

[32]) RB XIV 65 a 1534, vergl. Anm. 25.

[33]) RB V B 385 b 1482, vergl. Segesser II 469 f. — RB XIV 127 1535: „....das er (der Grossvater!) das herzig knebli näme so sins sons seligen ist etc.“ — ZGB 307, 322 vergl. Ostertag, Die familienrechtl. Stellung des ausserehelichen Kindes 28.

[34]) BGB § 94. Diese Ordnung beruhte schon auf längerer Praxis RB VIIC 95 a 1722. — Vergl. Verhandlungen des Obergerichts 1844 3. II. — Vergl. Rechtsgutachten von Kas. Pfyffer zur Interpretation von BGB § 94.

[35]) Eine eingehende Darstellung findet sich hierüber in § 7.

[36]) Anders natürlich unter dem Prinzip der Maternität, vergl. Gesetz vom 12. Herbstmonat 1865 § 6: Während der Frist von einem Jahr von der Niederkunft an kann die Geschwächte denjenigen, den sie als Urheber ihrer Schwangerschaft angiebt, für einen Beitrag an die Verpflegung

und Blumen, die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes und ein event. Genugtuungsanspruch. Erst in neuester Zeit wurde rechtlich zwischen der Klage der Mutter und der des Kindes unterschieden, die beide dem gleichen Rechtsgrund entspringen, nämlich der Vaterschaft.

---

§ 4.

b) VERFAHREN

Vorverfahren - Anzeigepflicht - Klagefrist - Geistliche Gerichtsbarkeit - Forum - Vm kind hin vnd enweg geben - Beweis - Nachweis durch die Mutter - Der Eid als Beweismittel - Das Verfahren nach dem Municipale - Geniesverhör - Die Stellung des Beklagten - Einreden - Intervention der Gemeinde.

Ursprünglich war das Verfahren, das „wie ein frow Jr kind hin vnd enweg geben mag" bezeichnet wurde, höchst einfach. Die Mutter hatte die Klage vorzubringen, die Nachforschung geschah von Amtes wegen [1]). Das ganze Vorverfahren war den alten Rechten unbekannt. Erst nach einer Verordnung vom 28. Heumonat 1752 musste die ausserehelich Geschwängerte ihren Zustand dem betreffenden Vater ihres Kindes innert zwanzig Wochen mitteilen. Dieser Verordnung schien man nicht überall strikte nachgelebt zu haben. In einer Botschaft vom 8. April 1806 macht der Kleine Rat darauf aufmerksam, dass im Kanton die streitigen Paternitätsfälle ungleich beurteilt werden: einige Gerichte gründen ihre Urteile auf die Verordnung von 1752, andere hingegen nehmen Municipale IX § 1 zur Richtschnur [2]). Um diesen Misständen vorzubeugen, wurde im gleichen Jahre noch ein Gesetz erlassen, das diese Anzeigepflicht einlässlich ordnete: Die Anzeige muss an den Gerichtspräsidenten, im Falle aber eine Geheimhaltung möglich war, d. h. wenn der Angezeigte zur Vaterschaft stand, an ein Mitglied der Polizeikammer des Kleinen Rates erfolgen [3]). Damit wollte man den Kindsmorden vorbeugen und auch den Gemeinden die Möglichkeit verschaffen, ihre Inter-

---

und Erziehung des Kindes (Alimentationsklage) belangen. — Während der Zeit der Geltung des BGB ging in der Praxis die schriftliche Klage auf Zuspruch eines bestimmten Ortsbürgerrechtes. „Allein nach unserm Dafürhalten verstände sich dieses mit Rücksicht auf das Gesetz von selbst." Weber 159.

[1]) Vergl. § 9.

[2]) Vergl. Anm. 24.

[3]) Dekret, anordnend die Art der Stellung und Erwahrung der Vaterschaftsklagen etc. vom 25. April 1806. Dazu ein Vollziehungsbeschluss vom 26. Herbstmonat 1806. — Die Polizeiverordnung von 1803 bestimmt:

essen zu wahren. Die Anzeigefrist wurde auf sechs Monate verlängert [4]). Auf Grund der Selbstanzeige der Geschwächten wird mit ihr ein Verhör nach inquisitorischen Grundsätzen vorgenommen. Vom Gerichtspräsidenten wird sie sowohl über Zeit, Ort, Urheber der Schwängerung, als auch über die Fragen, ob sie während der benannten Zeit nicht mit andern Umgang gepflogen oder schon früher wegen eines gleichen Vergehens bestraft worden sei, verhört. „Hierbey ist jedoch auf eine solche Person, die eines frühern unbescholtenen Lebenswandels wäre, besondere Rücksicht zu nehmen". Steht der Belangte nicht zur Vaterschaft, so muss die Mutter, wenn sie mittellos ist, auch ihrer Heimatgemeinde von ihrem Zustand Kenntnis geben. In diesem Falle ist die Gemeindeverwaltung verpflichtet, „derselben einen Rechtsanwalden beyzugeben, um in ihrem Namen den angesuchten Vater vor dem Richter erweislich zu machen". Die Bestellung eines Beistandes, wie ZGB 311 es in allen Fällen vorsieht, war also nur gebräuchlich, wenn die Gemeinde befürchten musste, selber für das Kind aufzukommen. Den gleichen Zweck verfolgte der Beschluss von 1817, die Behörde bezeichnend, an welche die Vaterschaftsklagen zu stellen sind. Er bestimmte, dass die Schwangerschaft auch denjenigen Waisenbehörden angezeigt werden soll, die durch einen solchen unmittelbar oder mittelbar geschädigt werden könnten. Nach BGB §§ 83, 84 erfolgt die Ernennung des Beistandes nach der Anzeige der Geschwächten durch den Gemeinderat des Heimatortes. Die Funktion des Beistandes wird in einer Verordnung vom 5. April 1839 umschrieben: für die Sicherheit der Geburt zu sorgen und insbesonders nachher den gerichtlichen Zuspruch des Kindes zu bewirken [5]).

Ein ebenso ausführliches Verhör wird mit dem Beklagten aufgenommen und zum Schluss kann eine Konfrontation stattfinden [6]). Eine subsidiäre Anzeigepflicht bestand für die Eltern, Verwandten und Hausfrauen, wenn die Geschwächte ihren Zustand verheimlichen will, wie die Polizeiverordnung von 1803 festsetzt. Diese sind verpflichtet, sobald sie bemerken, dass ihre Untergebene geschwächt ist, „mit Anstand und Sanftmut" zu forschen und die Beargwohnte, wenn sie das Geständnis versagt, dem Ortspfarrer anzuzeigen, der trachten soll, sie zum Geständnis zu

Sobald eine Geschwächte ihren Zustand bemerkt, oder wenigstens vor der Hälfte der Zeit ihrer Schwangerschaft, ist sie verpflichtet, ihren Zustand samt dem Namen des Täters entweder selbst oder durch ihre Aeltern oder durch den Pfarrer etc. anzuzeigen.

[4]) § 1 des zit. Gesetzes. — BGB § 81: Die Anzeige muss an den Gerichtspräsidenten des Bezirkes, in welchem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, erfolgen.

[5]) Vergl. § 3, Anm. 23.

[6]) Weber 140. — Die Konfrontation kommt seit 1750 auf. RB CIV 62 a 1750, C 121 a 1763. — Vergl. BGB §§ 81, 82.

bringen. Der Pfarrer ist gehalten, hierüber der Polizeikammer Mitteilung zu machen. Diese lässt die Angezeigte, wenn sie ihren Zustand leugnet, durch eine Hebamme oder einen geschworenen Wundarzt untersuchen. Wird sie schwanger befunden, dann soll sie in gehörige Obsicht bis zu ihrer Niederkunft genommen und ihrem Gemeindegericht angezeigt werden. Von diesem soll sie, „drey Wochen nach ihrer Niederkunft wegen ihres hartnäckigen Läugnens mit dreymonatlicher Einsperrung bestraft werden".

Schon 1459 wurde eine Frist gesetzt, innerhalb welcher die Klage rechtsgültig angehoben werden konnte: RB V B 142 a 1459: „Als etlich frowen vnd dirn, die man vnd gesellen, mit denen si vor vil Jaren zu schaffen gehebt hand, gen Costentz vmb den megten vnd blumen ladent vnd fürnemed, habend sich beid Rät bekennt vnd dz offenlich Jn den kilchen laußen ruffen, weliche frow ein sölich ansprach me dann Jar vnd tag lat anstan vnd einen dann darnach old lenger laden vnd vmb den blumen ansprechen wil, die sol vnd mus sweren vßer vnser Statt vnd emptern vnd gericht vnd niemer me dar Jn ze komen". Dieser Entscheid ergab den Inhalt von Artikel 118 des Stadtrechtes von 1480: „Wir haben gesezt vnd sezen ouch, welche frow old dirn mit eim in süntlichen sachen ze schaffen hat vnd meint, das Jr der selb Jr megten genomen hab, darumb ob sy den ansprach von des wegen nit zu vertragen meint, So sol vnd mag sy den Jn Jars frist nach der gedat als recht ist mit recht fürnemen vnd welche das Jn Jars frist nit dut, die sol demnach den, so sy meint sy entmegtet hab, vnbekümmert lassen. Welche das vbersicht vnd nach dem Jar ein vmb den megten vnd blumen ladet old bekümbert, die sol von stund an einen eid sweren, von vnsern statt gerichten vnd emptern vnd niemer mer dar Jn ze kommen, doch sol man das verkünden damit sich mengklich darnach wiss ze halten" [7]). Es ist also eine Verwirkungsfrist wie ZGB 308. Die Möglichkeit der Klageanhebung vor der Geburt erscheint nach dem Wortlaut: „Jn Jars frist nach der gedat" unzweifelhaft [8]). Die Mutter stand also günstiger als in manchen modernen Rechten, nach denen die Vaterschaftsklage nur während der Schwangerschaft anhängig gemacht werden kann. Im BGB wird keine Frist zur Geltendmachung der Klage festgesetzt, weshalb angenommen werden muss, das Klagerecht erlösche nicht [9]).

---

[7]) SR 118: Welche frow old dirn einen vmb den megten ansprech, So sich ein lang zitt vergangen, was darumb recht ist. – Das Municipale bestimmt in Titel VII § 1: „...thäte sie aber dises nit in Jahres Frist, so soll er ihro ledig auß gangen seyn, vnd von jhro weiter nit bekhümmert werden." — Ges. von 1865: ein Jahr nach der Geburt.

[8]) Vergl. § 3 Anm. 32 RB XIV 65 a 1534.

[9]) Weber 155. — Diese Unverjährbarkeit ergibt sich logischerweise aus der familienrechtlichen Natur der Vaterschaftsklage. Vergl. das deutsche BGB § 1708 im Gegensatz zu ZGB 308.

Nach alter Gewohnheit muss die Klage beim geistlichen Richter anhängig gemacht werden. Doch kam es auch vor, dass man an das weltliche Gericht, an den Rat, gelangte. Daher regelt ein Entscheid von 1470 die Frage endgültig, indem der Leutpriester als zuständig erklärt wird: „Vff mendag post Cantate im lxx iar hant sich bed Rätt bekent, dz alle die frowen, so kind hin geben, dz bis har etwa dick vor dem Rätt beschechen ist, nit mer vor Jnen beschechen, sunder dewil es ein geistliche sach ist, dz die dann hinfür vor einem lüppriester vnserm geistlichen vatter vßgetragen vnd enweg geben werden sollen, als dz von Alter har konen vnd Recht gewesen ist“ [10]). Diese Bestimmung ist vom Stadtrecht übernommen worden: „Wir sezen aber, wann ein frow Jr kind hin vnd enweg geben wil, die sol das tun vor vnserm lütpriester als vnserm geistlichen vatter vnd nit vor Ratt, etwan beschechen ist, diewil es doch ein geistliche sach vnd vornacher ouch gebrucht vnd vnser Stattrecht gewesen ist“ [11]). Erst das Municipale weist den Paternitätsstreit dem weltlichen Richter zu. In der Stadt urteilte der Rat [12]), auf der Landschaft in erster Linie der Vogt, aber eine Appellation an den Rat ist möglich [13]).

Hinsichtlich des Forums gilt der allgemeine Grundsatz, dass die Klage vor dem ordentlichen Richter des Ortes angebracht werden müsse, wo der Beklagte sesshaft ist. Aber auch der Wohnsitz der Klägerin kann in Betracht kommen, was bei den damaligen Verhältnissen als gegeben erscheint. Noch die Polizeiverordnung von 1803 verfügt, dass, wenn der angegebene Täter die Vaterschaft bestreitet, es ein Zivilhandel sei, der von der Polizeikammer dem Gemeindegericht des Wohnortes der Geschwächten angezeigt werden solle, um die Vaterschaft nach der bisherigen Rechtsübung erweislich zu machen. Nach dem Gesetz von 1806 ist das forum domicili des Beklagten kompetent. Da aber die Vaterschaftsklage eine Statusklage ist, so ist auch das Bezirksgericht des Heimatortes des Beklagten zuständig [14]). Ein Beschluss vom 18. April 1822, anordnend das Gegenrecht gegen die im löbl.

---

[10]) RB V A 257 b 1470. — Vergl. Segesser II 469 f (falsches Zitat).

[11]) SR 119: Wie ein frow Jr kind hin vnd enweg geben mag.

[12]) M IX: Um Kind hinweg geben, so außert der Ehe gezeügt werden auch was um Erzüchung derselben Recht seye. — Der Ratsrichter scheint sich vorzüglich mit den Vaterschaftsklagen befasst zu haben LXXXIV 16 1696: „Demnach so haben m. g. H. abermahl dem Jr Rhatsrichter vnd großweibel aufgetragen, das sie von einen so ohnelich Kinder zeugen oder gebähren, die daruf gesetzte buoß fleißig inziechen sollen.“ Vergl. Segesser I 202, II 555. — Kas. Pfyffer, Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern I 142.

[13]) RB LIV 248 1775, LVIII 58 b 1786.

[14]) Vergl. Ratsverhandl. XIX 1855 134. — Wäre die Klage vorwiegend deliktischer Natur, so würde das forum delicti commissi zuständig sein,

Stand St. Gallen bestehenden Vorschriften über Behandlung der Vaterschaftsklagen, bestimmte als forum den Wohnsitz des Beklagten. Ist aber der Beklagte ein Angehöriger eines andern eidgenössischen Standes und lebt er in einem dritten Kanton, so tritt der Gerichtsstand seines Heimatkantons ein. Die gleiche Regelung zeigte ein Konkordat zwischen den hohen Ständen Luzern und Freiburg, in Betreff der Behandlung der Vaterschaftsklagen vom 26. März 1834. Als aber im Gesetz von 1865, infolge des Maternitätsgrundsatzes, die Klage nur auf Geltendmachung von Alimentenforderungen ging, kam der gemeinrechtliche Grundsatz zur Anwendung: zuständig ist der Richter des Wohnsitzes des Belangten [15]).

Das Verfahren als solches war nach dem Stadtrecht und den ältern Entscheiden ein höchst einfaches. Die ausserehelich Geschwängerte musste unter einem Eid erklären, wer der Vater des Kindes sei. Diesen Eid musste sie vor dem Leutpriester, den Stadtknechten und dem Stadtschreiber tun [16]). Uebereinstimmend erklären die Entscheide „sy sol den eid tun so bald sy vß der kintbette kompt“ [17]).

Von einem Geniesverhör (vergl. Anm. 25 f), wie es das Municipale vorsieht, spricht weder das Stadtrecht, noch finden sich in den ersten Ratsentscheiden Andeutungen darüber. Hingegen ist es erklärlich, dass man allmählich, aus den Gründen, die später erörtert werden, dazu überging, den Eid, den die Mutter tat, „so bald sy vß der kintbette kompt“, während den Geburtsschmerzen zu fordern. Auf diese Weise wird sich langsam das Geniesverhör entwickelt haben, das im 18. und 19. Jahrhundert allgemein üblich war. Leistete die ausserehelichе Mutter den Eid, dann „sol der dasselb (kind) auch nämen vnd Jro an die kindtbett etwas zimliches geben“. Dies spiegelt sich in einem Ratsentscheid von 1554 wider: „Zwüschen margili ragor eins, sodann hanns Demsherren am schwynmercht, Ist vff verhör der kuntschaft (Zeugen) vnd allem handel erkent, wie sy zu Constanz gscheyd derby lants min g. h. blyben, so sy Jm das kind bim eyd gibt, soll er neme vnd ir d kindtbetti abtragen, blumen halb mag sy ansprach

---

also regelmässig das Domizil der Mutter, vergl. Weber 150. — ZGB 312 hat, praktischen Erwägungen folgend, auch das Gericht des Wohnsitzes der klagenden Partei als zuständig erklärt, vergl. Ostertag 46 f.

[15]) Gesetz betr. die unehelichen Kinder vom 12. Herbstmonat 1865, § 6. — Für die ältere Zeit vergl. Segesser II 555, I 202.

[16]) RB VII 77 1490, vergl. Segesser II 471. — Ueber die Eidesformel fehlen nähere Angaben. Der schon früher zitierte Entscheid RB V B 385 b 1482 sagt: „Schwanders Dirn, gret herin, sol an heilgen sweren, ob si den rechten vater etc.“ BGB § 93 stellt eine Eidesformel auf.

[17]) RB VI 77 1485. — RB XXXII 90 b 1573.

nit enberen, mag sy Jn harnach füreneme vnd das sy geredt er hab sy bschissen vnd trogen soll Jm an ere nüt schaden“ [18]).

Der Eid war regelmässig ein genügender Beweis. Es kam aber auch vor, dass die Mutter nicht zum Eid zugelassen wurde, hauptsächlich in dem Fall, wenn sie keinen guten Ruf besass. Der Rat musste daher zuerst entscheiden, wer schwören durfte [19]). Gewöhnlich wurde der Mutter gestattet, zu schwören. Dass dabei besondere Formen beobachtet werden mussten, wie es anderorts geschah, darüber bestimmen die Quellen nichts [20]). Ausnahmsweise konnte der Beklagte zum Reinigungseid zugelassen werden: „Zwüschen Bat ferren eins, Sodann Hans sinem knechten andersteyls, Ist nach verhör der kuntschaft (erkennt), das der Ratrichter mit dem gesellen reden sölle sich wol zu bedenken vor vnd ee er den eyd schwoere. Wenn dann der gesell ein eyd thun mag, das er nüt mit dem menschli ze schaffen gehept hat. Sol er von Jnen vnd des kindes halb ledig sin. Wo er aber nit schwoeren mag, Dann sol er das kind nämen. Doch so ist ihm sin recht vorbehalten gegen denen so mit dem menschli ze schaffen gehept hab. So aber der gesell schwert, dann ist Jne Jr recht vorbehalten gegen denen so ouch mit dem menschli ze schaffen gehept“ [21]). Die Voraussetzung, dass dem Beklagten der Eid gestattet wurde, ist also der liederliche Lebenswandel der Mutter. Was aber darunter zu verstehen sei, darüber war man sich nicht einig. Die exceptio plurium concubentium hatte jedenfalls nicht stets klagezerstörende Wirkung [22]).

---

[18]) RB XXIII 26 b 1554, ähnlich RB XIV 127 1534. XIX 162 a 1549. VI 77 1485, XXIII 16 a 1554.

[19]) RB IX 109 b 1502: „Zwüschen den parthyen ist nach klag vnd antwort zu recht erkent, dz die frow swer.“ — BGB § 92: In Folge der vorhergehenden Bestimmungen ist bei Paternitätsprozessen die Vorfrage zu beurtheilen, ob der Klägerin gestattet sey, den Beweiseid zu leisten oder nicht.

[20]) Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht, I 430 Züricher Ehegrichts-Satz: „... der Weibs-Person, welche darby das Kind an den lincken Arm und die rechte Brust in die lincke Hand nemmen und mit der rechten Hand den Eyd schwehren soll.“ — In Balthasars Auszügen aus den Ratsbüchern der Stadt Luzern findet sich ein Ratsentscheid aus dem Jahre 1567, in dem es u. a. heisst: „in Todtgefahr und nach Empfangung der heil. Sacramente das kind dem Hofer zuerkennt.“ Vergl. RB XV 88 1538 Anm. 21.

[21]) RB XV 18 a 1537. — Vergl. XV 88 1538: „Zwüschen Mülibach von Malters vnd einem fröwli mit einem kind ist nach verhör der Kuntschaft vnd vff gethane appelation erkennt, wenn der Mülibach darf einen Eid zu Gott vnd den Heiligen schweren, so sol er vor Jr vnd dem kind bekennt sin vnd jeder Teil sine Kosten an Jm selber han.“

[22]) Vergl. Anm. 21 RB XV 18a 1537, § 3 Anm. 31, 32. — Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht, I 433: „Nach der Müllhauser Ehegerichts-Ordnung soll ein Beklagter, wann er nebend andern Einreden sich darmit entschuldigen wolte, daß nebend ihme noch andere den Beyschlaff verübt, und hiermit er der ungewisse Vatter seye, einen gewissern stellern und sein Vorgeben erweisen, sonsten es ihne nicht retten.“

Sehr rücksichtsvoll ist man gegen die ausserehelichе Mutter nicht gewesen. Sie wurde häufig getürmt und gefoltert: „Zwüschen Ballthasar hubschmidt Eins, sodann sinder jungkfrowen anna, Jst vff verhör der kundtschafft vnd allem handell nach gethaner appelazion erkenndt, das die frow Soll jnn thurm gleytt werden vnd sy her Rattsrichter frage wess des kindt sye, so sy nit die wahrheit anzeigen wöllt, soll das Tumysen mit jr gebrucht werden vnd das jr handell vff morn wider an min. g. h. komen“ [23]).

Bedeutend entwickelter erscheint das Verfahren nach dem Municipale: „Hierumb ist gesetzt, wo ein Weibs-Persohn geschwängert wird, sie auch das Kind auff die Welt gebihrt, wann ein solche in ihren Kindts-Nöthen auff ihr Gewüssen einen für den rechten Vatter angibt, und ihme das Kind zu tauffen lässt, soll derselbe auff solches hin das Kind an sich nemen, er könne dann sein Unschuld gnugsamb darbringen, oder solches auff einen andern erweislich machen“ [24]). Das Geniesverhör, „jene Anfrage von amtlicher Stelle an eine Geschwächte über den Urheber, die Zeit und Verumständung der Schwängerung vor, während und nach der Geburt“ [25]), ist schon vorher angewendet worden. Eine Verordnung von 1556 verpflichtete die Hebammen, während der Geburt die Mutter nach dem Vater zu fragen: „Gleicher Gestalten eodem die ist erkennd das dem Hebammen eydt ein verlibt werden solle, wann ein vneheliches kind werde, das sy bim Eydt fragen solle, wessen des kind sie, vnd dan solches dem Herrn Grossweibel anzeige“ [26]). Nachdem die Vaterschafts-

[23]) RB XXVIII 22 b 1566. — RB XXXV 92 b 1567: „...daß anna vsterin soll Jn turm gelegt vnd bestraft werden.“ — LVIII 185 b 1622: „...sy beide mgh gfangenschafft kommen vnd do sy an die marter gschlagen.“ — LXXXVIII 26 b 1707: „Marta Huwiler, welche an der marter erhalten, daß die von ihro erzügten unEheliche kinder dem marti wiß zuostendig vnd Er deren vatter seye, haben vgh selbe des Thurms gelidiget.“ — War der Schwängerer flüchtig, so wurde er, wenn man überhaupt auf den Handel eintrat, peremtorisch zitiert RB LXXXII 376 1691: „Weylen Laurentz Schnider vs dem Kilchgang Schüpfen wegen dz er beim Stieffdochter geschwängert haben soll, flüchtigen fueß gesetzte hat, habent vgh Jme so wohl als dz Munph (?) peremtorie citieren lassen.“ — RB LXXXVIII 15 b 1707: „Melchior Leuy wegen, so luth peremtorischer Citation nit erschinen, von dem geistlichen Richter aber von der mit seiner Schwöster verübten bluotschand absolviert, solle bey erster gelegenheit vor Räth vnd hundert getzogen werden.“ — Anders RB LXXXIII 26 b 1707: „weilen er aber flüchtigen fuoß gesetzt, sollen selbe dem großvater Hans wiß zuo Büron zuo erhalten auferlegt werden, der zuogleich in des Sohnes Namen etc.“

[24]) M IX § 1.

[25]) Weber 144.

[26]) RB LXXII 204 b 1556. — Vergl. RB LXXXII 506 1691: „...vnd aber mgh Jederwylen die kinde Jhnen zukhönt haben, welchen in den geburtsschmerzen die kinder von der gebährendten geben werden, so haben mgh erkhennt, dz dz kind ihme Böttiger gegeben, vnd von Jhme bis er einen andern Vater darzustellen weiß erhalten vnd erzogen werden solle.“

klage einmal bestand, schien jedes Mittel gut genug, wenn man damit nur einen Vater fand. Der Hebamme wurde verboten, der kreissenden Mutter zu helfen, wenn sie nicht einen Vater zu ihrem Kinde angab. Wohin das führen konnte, ist leicht auszudenken. Noch in einer Verordnung von 1728 wurde bestimmt, dass die Hebammen „alles bestens Jhres Eydts erinnert werden sollen, Kraft welchem Sye der gleichen personen Jn den Kindsnöten befragen, wer der vadter sye vnd ein solliches einem Jeweiligen Herrn Grossweibel anzeigen sollen“ [27]). Dieses Hebammenverhör wurde die Grundlage des Geniesverhörs. Die Annahme war bei diesem wegleitend, dass während den Geburtsschmerzen die Mutter, in der Angst vor dem Tode, nur die Wahrheit bekennen werde. Um die Mutter noch mehr einzuschüchtern, wurden ihr noch die Sakramente dargereicht. Der Zweck wurde auf diese Weise wohl in den meisten Fällen erreicht, dass man aber dabei das Schamgefühl der Mutter auf die rücksichtsloseste Weise verletzte, darüber scheint man sich keine Gedanken gemacht zu haben. Wie das Geniesverhör vorgenommen wurde zeigt folgender Entscheid: „Carl Rölly, ein geschworener zu littau berichtet, das er seie am sonntag als den 10ten Jenner ungefahr um 12 Uhr zu nachts zu der Catheri Stocker beruofen worden. Allda hab er die Cathri in aller kindsnoth zum öfteren nach dem brauch angefragt, wer der rechtmessige Vatter dideren kind seie. Auf diese fragt gibt es in allen schmerzen zu antwurt, nieman seie anders als der knecht“ [28]). Die Helvetik, mit einem Gesetz vom 22. Februar 1799, schritt gegen diese barbarische Sitte ein. Die Hebammen wurden angehalten, auch in dem Falle der Mutter Hilfe zu gewähren, wenn sie die Angabe des Vaters verweigerte. Ebenfalls wurde verboten, „Weibsleute bloss wegen ihrer Schwangerschaft anzuhalten oder gefangen zu setzen“. Die Fehlbaren sollten vom öffentlichen Ankläger beim Kantonsgericht angeklagt werden. In der Motivierung heisst es u. a.: „Erwägend, dass dieser Grundsatz der Menschlichkeit zuwiderlaufe und in einem freien und zivilisierten Staate nicht geduldet werden könne, erwägend, dass die

---

[27]) RB LXXXXIV 336 b 1728. — Noch jetzt wurde die Mutter oft in Gefangenschaft genommen, auch während der Schwangerschaft, und vom Ratsrichter verhört RB LXXXVIII 26 a 1707, LXXVI 268 b 1672: „...verständigt worden, dass otilia Sticher von Malters ein vnehlich kind erzügt, Seines vatters nit anzeigen welle, darumb Sye Jn gefangenschaft leggen, durch hern Rathsrichter alles Ernsts examinieren lassen.“

[28]) RB XCVI 277 b 1734 (gekürzt). — Vergl. RB LX 481 1793. — LIV 101 b 1757: „Zwüschen Mauritz Häfliger von pfeffiken aus dem ambt münster appellant einer, so danne Barbara Meyer von Rußwyl anderseits..... haben v. gg. HH. und obern das landvögtlich hierüber ergangene Urtheil durchaus bestäthet, und damit erkennt, weilen die Zeit der Geburth gantz klar einschlaget, und die Barbara Meyer vor-, Jn-, und nach der geburth lauth der geschworenen und der Hebammen bericht auf den etc.“

Vollziehung dieses Befehles (der Mutter die Hilfe zu versagen), für eine Art Tortur angesehen wurde, um zu einem Geständnis und zur Wahrheit zu gelangen, erwägend aber auch, dass durch ein Gesetz vom 12. Mai 1798 alle Tortur abgeschafft wurde etc.“ Beibehalten wurde die Anzeigepflicht. Das Gesetz hat aber keinen nachhaltigen Einfluss ausgeübt, denn seine vollendete Ausgestaltung erhält des Geniesverhör im BGB. Es findet immer statt, wenn die Mutter von dem, den sie als Vater bezeichnet, bis zur Niederkunft noch nicht hinlänglich Sicherheit erhalten, dass er sich zur Vaterschaft bekenne. Die Geschwächte hat vor, in und nach der Geburt in Gegenwart des Gemeindeammanns, der Hebamme und zwei glaubwürdigen Zeugen zu erklären, wer der Vater des Kindes ist. Der Gemeindeammann nimmt die Erklärung zu Protokoll und lässt dieses von der ganzen Versammlung unterzeichnen. Diese Urkunde wird dem zuständigen Gerichtspräsidenten zugestellt und dient als wichtigstes Beweismittel [29]).

Die Stellung des Beklagten im Prozesse war auch nach dem Municipale eine recht ungünstige. Gab die kreissende Mutter „einen für den rechten Vater an“, so hatte er schweren Stand. Da ein voller Vaterschaftsbeweis nicht möglich ist [30]), Angaben der Mutter während den Geburtswehen aber mit grosser Wahrscheinlichkeit als wahr angesehen werden mussten, so erscheint es verständlich, dass man auf letztere grosses Gewicht legte. Die Mutter war tatsächlich begünstigt in der Beweisführung. Dem Beklagten standen nach dem Municipale, sofern die Mutter die Klage „in Jahres Frist nach der That“ anhängig machte, zwei Arten von Einreden zu: „er könne dann sein Unschuld gnugsamb darbringen, oder solches auff einen andern erweislich machen.“ Zu den erstern gehören die Einreden, welche die Vaterschaft als unmöglich erscheinen lassen [31]):

a) Konzeptionsunmöglichkeit wegen Abwesenheit. Ein Ratsentscheid von 1773 bestimmt: „Weil er nit genugsamb erproben könne, das er zur nemlichen Zeit als die Rosa

[29]) BGB § 85. — Schon das Gesetz von 1825 bestimmte, dass die Geschwächte bei der Geburt in Gegenwart der Hebamme und zwei Zeugen erklären solle, wer der Vater des zu gebährenden Kindes sei. Die Meistersleute werden verpflichtet, die Formalitäten zu beachten.

[30]) Pater semper incertus. — Vergl. die interessanten Ausführungen bei Strindberg in seinem Trauerspiel „Der Vater“, 1. Aufzug, 11. Auftritt: „Weil die Mutter dem Kinde näher steht, seitdem man entdeckt hat, dass niemand eigentlich wissen könne, wer der Vater eines Kindes ist.“ — Vergl. Mohr 88. — Vergl. Vortrag der Gesetzeskommission an den Regierungsrath (Bern), 12 f: „Die Natur hat die Mutter in ein weit näheres Verhältnis zu dem Kinde gesetzt, als den Vater, der, auch unter den günstigsten Umständen, bloß eine moralische Ueberzeugung von seiner Vaterschaft hat.“

[31]) Vergl. Anm. 24. — Vergl. Peyer 189 f zu Art. 314 ZGB.

geschwängert worden, abwesend gewesen seye, als Vatter mehr ernannten Kinds zu seyn erkennt und solle der Greeter dieses Kind zu sinen Handen nemen und erhalten, auch die heutige appelation und alle rechtmässigen kosten aushalten“ [32]).

b) Der Beklagte ist zeugungsunfähig [33]).

c) Wenn die Reife des Kindes mit der angegebenen Schwängerung nicht übereinstimmt, wie sich aus folgendem Entscheid entnehmen lässt: „Weil die Anna Maria Brun die Schwangerschaft in behöriger Zeit angezeigt, die Zeit der Geburt eintreffe und dieselbe sowohl vor, in als nach der Geburt auf dem Rengli beharret, er, als Vater, dieses Kind in behöriger Zeit übernehmen solle“ [34]).

d) Nachweis der schon vorhandenen Schwangerschaft.

Die Bestimmung „auf einen andern erweislich nachen“ umfasst die Einreden, welche die Vaterschaft des Beklagten als erheblich zweifelhaft erscheinen lassen. Es handelt sich um die Einreden, dass noch ein anderer der Mutter während der Konzeptionszeit beigewohnt habe oder dass die Angaben der Mutter unglaubwürdig seien:

a) Exceptio plurium concubentium. So wurde einer Mutter das Kind zur Erhaltung übergeben: „weilen die Barbara Zuost mit mehreren zu thun gehabt, auch bald den einten, bald aber einen andern als Vater angegeben“ [35]).

b) Unzüchtiger Lebenswandel der Klägerin. Diese Einrede fiel regelmässig mit der der mehreren Konkubenten zusammen. Das BGB bestimmte daher: „Wenn die Geschwächte einen unsittlichen Lebenswandel geführt hat, welches sich unter anderm daraus ergibt, wenn sie schon früher bereits ausserehelich geboren hat, oder geständig ist oder überwiesen, mehreren Mannspersonen den ausserehelichen Beischlaf gestattet zu haben“, so wird sie nicht zum Beweiseid zugelassen [36]).

c) Starke Widersprüche in den Angaben der Klägerin. Das Gesetz von 1825 umschreibt diesen Tatbestand: „Wenn

---

[32]) RB LIV 39 a 1773. — Ges. 1825 § 6. — Auch das BGB erwähnt diese selbstverständliche Einrede BGB § 91.

[33]) Vergl. BGB § 91 c. — Von der Einrede, dass das Kind einer andern Rasse zugehört als der Beklagte, steht in den Quellen nirgends etwas.

[34]) RB LX 481 1793. — Das Gesetz von 1825 fordert ein Zeugnis der Sanitätsbehörde, § 6 d. — BGB § 91 f. — Vergl. Anm. 28 RB LIV 101 b 1757.

[35]) RB LIV 109 b 1774. — Vergl. Anm. 21, 22, § 3 Anm. 31, 32. — Mohr 96.

[36]) BGB § 91 h. — Vergl. die Entscheide des Obergerichts 1844. — RB IIC 84 b 1737, CVIII 107 a 1759. — Ges. von 1825 § 7 b. — Nach BGB § 91 i wird der Geschwächten nicht gestattet, den Beweiseid zu leisten, wenn sie mit einer Kriminalstrafe belegt worden ist. — Vergl. Peyer 111.

die Klägerin in der Angabe des Vaters erwiesenermassen Betrügereien geübt oder falsche Aussagen gemacht hat, also zwar, dass derselben in ihren spätern Aussagen kein Glaube mehr geschenkt werden kann“ [37]).

Eine Verordnung von 1752 verlangte, dass die Mutter die Schwangerschaft innert zwanzig Wochen anzeige. Gab sie nach dieser Zeit einen andern als Vater an, so wurde ihr das Kind zuerkannt. Nach der Anzeige wurde der Vater peremtorisch zitiert [38]). Verpasste die Mutter die Frist oder wurden die vorgeschriebenen Formalitäten nicht erfüllt, dann musste sie das Kind erhalten [39]). Doch konnte die Geschwächte, wenigstens nach dem Gesetz von 1825, den Beweis antreten, dass es ihr unmöglich war, die Schwangerschaft anzuzeigen.

Konnte der angebliche Vater seine Unschuld nicht ganz beweisen, so wurde ihm das Kind zugesprochen, aber nur „bis er Selbem einen andern Vater ausfindig gemacht haben werde“ [40]). Er konnte den Prozess also wieder aufnehmen, sobald er neues Beweismaterial hatte. Das Gegenstück zeigt ein Entscheid von 1741, wo es u. a. heisst, „das Sie in jrem begehren abgewiesen und ihro den Vater ihrer kindern aufzusuchen und selben nachzugehen überlassen syen solle“ (der Vater war unbekannt abwesend) [41]).

Nach BGB § 86 muss in jedem Falle bei einer ausserehelichen Geburt ein gerichtliches Urteil erfolgen, auch wenn der Vater freiwillig anerkennt, damit eine diesbezügliche Urkunde vorhanden ist. Sobald, wenn wegen Einverständnis der Parteien eine Verkürzung der Rechte der Gemeinde droht, kann diese ihre Interessen wahren, indem sie sich am Prozesse beteiligt. Die Intervention der Gemeinde erfolgt hauptsächlich dann, wenn das Kind einer Prozesspartei zugesprochen wird, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen [42]).

---

[37]) Ges. vom 20. März 1825 § 6. — BGB § 91 g. — Vergl. Anm. 35 RB LIV 109 b 1774. — Betr. ZGB vergl. Ostertag, Die familienrechtl. Stellung des ausserehelichen Kindes 52 f.

[38]) RB LX 177 1791. — RB LIV 179 b 1780. — BGB § 91: Die Anzeige muss mindestens zwei Monate vor der Niederkunft erfolgen.

[39]) RB XIIC 78 1737: da keine geschworene Hebamme noch Amtsperson zugezogen wurde, und die Mutter mit alerhand Unwahrheit umgegangen, soll sie die Erhaltung aufgebürdet erhalten. — RB LIV 257 b 1775. — Eine andere Einrede ergibt sich aus RB LXI 116 b 1794: „Auf geschehenen Anzug haben ughH und Obern erkennt, daß die Waldburga Faßbind bewisen solle, daß der Vater ihres unehelichen gezeugten Kindes Lienhard.....von Waldingen, Catolischer Relegion seye“ etc.

[40]) RB LV 208 b 1777. — Vergl. Anm. 26 RB LXXXII 506 1691.

[41]) RB C 37 a 1741.

[42]) ZGB 312 kennt die Beteiligung am Streite auch, wenn die Klage auf Zusprechung des Kindes mit Standesfolge geht.

§ 5.

VERWANDTSCHAFT MIT VATER UND MUTTER

Allgemeines - Neque genus neque gentem habent bastardi - Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind - Die Stellung zum Vater - Name und Ortsbürgerrecht - Familie des Unehelichen.

Wahre Verwandtschaft erfordert Einheit des Blutes. Durch das gemeinsame Band ist das eheliche Kind mit Vater und Mutter am nächsten verbunden. Daher hat es gegen die Eltern Pflichten die den sittlichen Forderungen folgen und dementsprechend auch Rechte, die eine solche Verwandtschaft vermittelt und die schliesslich in der gegenseitigen festen Verbindung auf erbrechtlichem Gebiete voll zum Ausdruck kommen.

Ausserehelliche Zeugung begründete nach dem Standpunkt des gesetzten Rechts kein eigentliches Familienband zwischen dem Kind und seinem Vater einerseits und dem Kind und der Mutter anderseits [1]). Die Familienlosigkeit der Unehelichen war das Grundprinzip des deutschmittelalterlichen Rechtes. Nicht einmal der Unterhaltsanspruch wurde allgemein gewährt. Zwar wurden bei den Germanen die von einem freien Manne mit einer freien Frau im öffentlichen Zusammenleben erzeugten Kinder, wenn sie vom Vater anerkannt waren, zu seinem Haus und zu seiner Familie gezählt. Sie hatten ein Erbrecht in das väterliche Vermögen [2]). Die Entrechtung war am schärfsten durchgeführt im Sachsenspiegel. Der Spiegler bekämpfte sogar den Satz, dass kein Kind seiner Mutter Kebskind sei [3]). Das Kebskind hatte also nicht die Stellung des ehelichen zu seiner Mutter, es gehörte zu keiner Familie: neque genus neque gentem habent bastardi. Damit waren sie ehrlos und wehrlos, sie waren keine Rechtsgenossen.

Wenn das ausserehelich geborene Kind ursprünglich in den Luzerner Rechten auch nicht die Stellung eines Gliedes der

[1]) Segesser II 469, Huber IV 529, Geipel Siegfr., Die Stellung der unehelichen Kinder in den Magdeburger Rechten, § 3. —

[2]) Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechtes 593, Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I 76. Die anerkannten Kinder traten in ein Verwandtschaftsverhältnis zu dem Vater und seiner Familie, bezw. seiner Sippe. Nach angelsächsischem Recht bezog der ausserehelliche Erzeuger das Wergeld des aus einem öffentlichen Verhältnisse entsprossenen Kindes. Auch die Vatermagen hatten einen Anspruch auf das Wergeld.

[3]) Ssp. 1, 51, 2: man sagt daz chein kint siner mutter kebes kint en sie, der en ist doch nicht. — Schwsp. XXXVIII.

Familie seiner Mutter erwarb (familienrechtliche Verwandtschaft), so war es doch tatsächlich mit seiner Mutter verwandt auf Grund seiner Abstammung. Denn alle Kinder haben schliesslich einen Vater und eine Mutter. Mit ihnen sind die ehelichen wie die unehelichen Kinder durch die Bande des Blutes verbunden. Die Ungleichheit ihrer Behandlung rührt von der Rechtsordnung her, die dem ausserehelichen Kindesverhältnis engere Folgen beilegt als dem ehelichen. Es ist daher immer zu unterscheiden zwischen natürlicher und rechtlicher Verwandtschaft. Allmählich setzt sich eine teilweise Anerkennung des unvernichtbaren Blutbandes zwischen Mutter und Kind auch rechtlich durch, ein Ereignis, das sich wohl auf längere praktische Uebung zurückführen lässt. Ein Ratsentscheid von 1423 spiegelt die rechtlichen Beziehungen, die zwischen Mutter und ausserehelichen Kindern bestanden, wider: „Item als die von Husen in vnser Statt abgestorben ist, die zwen vnelich sün hinder Jr gelassen hat, namlich den lüpriester von triengen vnd henslin wessenberg sinen bruder, die si ze erben meinten hat der pfaff sin trüw geben vnd der ley gesworn das recht, von des selben erbs wegen niendert zu nemen dann hie in vnserer Statt vnd was Jm ouch da gericht vnd vrtel gebe das si dabi a beliben wellen vnd vns noch die vnsern dar vmb fürer nit bekümbern“ [4]). Mutter und Kind gelten auch rechtlich als verwandt. Das natürliche Empfinden hat gesiegt über die alte starre Auffassung. Den Ausdruck findet diese Errungenschaft in erster Linie im Erbrecht. Dies ist verständlich, hatte doch die Mutter vor allem für das Kind zu sorgen (partus ventrem sequitur), darum sollte sie es auch beerben und von ihm beerbt werden. Die Kinder lebten also nach Mutterrecht, was im Mittelalter durch den Satz „Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind“ oder „Keine Mutter trägt einen Bastard“ oder „Das Kind folgt dem Busen“ ausgedrückt wurde. Ob aber familienrechtliche Beziehungen zwischen dem Kind und der weitern Verwandtschaft der Mutter bestanden, ist mehr als fraglich, wenn man von der Alimentationsverpflichtung absieht, die auf den Verwandten lastete, wenn die Mutter für das Kind nicht aufkommen konnte [5]).

Ein Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Erzeuger besteht erst, wenn die Vaterschaft festgestellt ist oder mit mehr oder weniger grosser Wahrscheinlichkeit vermutet werden kann. Ist dies nicht der Fall, so muss das Kind rechtlich als vaterlos gelten [6]). Für den Vater begründete die ausserehelichе Zeugung zunächst nur gewisse obligatorische Verhältnisse, wenn er das Kind anerkannte oder es ihm zugesprochen

[4]) RB IV 180 1423, vergl. Segesser II 474.

[5]) Vergl. § 7.

[6]) Nagorski, Das Rechtsverhältnis des unehel. Kindes zu seinem Vater, 7 f.

wurde. Das Stadtrecht bestimmte in Artikel 120: „Aber sezen wir, wollen ouch das vestenklichen halten, welcher einer frowen oder dochter ein kind macht, hilft er Jr nit in der kindbette, So soll er Jra aber das kind abnemen vnd das ane Jren costen züchen. Doch hat die frow den gewalt, das sy mag von dem, So Jr das kind gemacht hat, nach Jrem gevallen stür oder hilff nemen oder nit, weders sy will. Nimpt sy aber hilff von Jm, dann sol sy Jm das kind helffen ziechen." Aber auch hier trat langsam ein Umschwung ein. Eine Verordnung von 1585 gibt den Unehelichen ein Intestaterbrecht gegenüber dem Vater, wenn auch ein beschränktes, „diewyl es Jrer geburt halb so vngewüss". Sie haben ein Erbrecht gegen ihren ausserehelichen Vater, wenn „dheine Eelich kinder der Erben von Vater mag wären sonder allein von Mutter mag biß Jnn dz dritt glid Erben sollendt". Diese Verordnung ergab den Inhalt von Artikel 14 des Stadtrechtes von 1588 [7]). Das Municipale lässt das verwandtschaftliche Verhältnis zwischen Vater und Kind durch freiwillige Anerkennung seitens des Vaters oder durch richterlichen Zuspruch entstehen [8]). Die Kirche, die gegen jede nicht sakramentale Geschlechtsverbindung Stellung nahm, verschlechterte die Lage der Unehelichen auch in verwandtschaftlicher Beziehung. Schon das Municipale spricht nicht mehr von dem in der Rezension von 1588 erwähnten Erbrechte. Schliesslich bestimmt BGB § 103, dass das uneheliche Kind weder zur Familie seines Vaters noch zu derjenigen seiner Mutter gehöre. Es ist in Hinsicht auf diese Familien von den Rechten ausgeschlossen, welche in der Verwandtschaft ihren Grund haben [9]). Erst in neuester Zeit verbessert sich langsam die Stellung der Unehelichen. Nach ZGB 324 tritt das Kind durch die Geburt nicht nur in rechtliche Beziehungen zu seiner Mutter, sondern das Verhältnis wird auch auf die Verwandten der Mutter ausgedehnt.

Ursprünglich erhielt das ausserehelichе Kind den Geschlechtsnamen seiner Mutter, denn es stand ja in keinen nähern Beziehungen zu seinem Vater. Dies änderte sich mit dem Aufkommen der Vaterschaftsklage. Es ist leicht verständlich, dass, nachdem das Kind mit dem Vater, event. mit seiner Familie zusammen lebte, es den Namen des Vaters annahm. Das Municipale sieht daher vor, dass die ausserehelichе Mutter das Kind dem Vater zutaufen lassen kann [10]). Im BGB erhält das uneheliche Kind, welches dem Vater zugesprochen wurde, den Namen und das

[7]) Vergl. § 6.

[8]) M IX § 2: „Wann einer auch eine Frau oder Tochter schwängert, und das Kind an die Welt kombt, er habe das selbige gleich guehtwillig oder vor dem Rechten für sein Kind angenommen, soll er etc."

[9]) Diese Bestimmung findet sich auch in den spätern Gesetzen von 1861, 1865 § 15.

[10]) M IX § 1, vergl. § 4 Anm. 24.

Ortsbürgerrecht des Erzeugers [11]). Als dann aber im Jahre 1865 der Maternitätsgrundsatz in Luzern eingeführt wurde, so legte man dem Kinde wieder den Namen der Mutter und auch deren Ortsbürgerrecht bei [12]).

Den Bastarden war aber stets möglich, selber eine Familie zu gründen, welche die gleichen Wirkungen zeigte, wie die der ehelichen Nupturienten. Dies bestätigt schon die Ueberschrift zum Artikel 26 des Stadtrechtes von 1480: „Wo eliche kind Jr vatter vnd mutter erben mogent, ob ioch vatter vnd mutter anelich werent." Das Municipale verlangt hierzu noch die Ledigung: „Wann ein Vatter oder eine Muotter stirbt, welche von unehelicher Geburth seynd, sich aber befindt, daß vor dero Absterben dieselbe von der Obrikeit umb die Gerechtigkeit, welche dieselbe in solchen Fählen zu den Unehelichen hat, sich gelediget und abkaufft hätte, alsdann sollent, und mögent ihre eheliche Kinder sie in allem ihrem verlassenen Guothe erben, ohngehindert dessen, daß die Eltern, oder ihro eintweders unehelich gewesen wärent. Wofehrn aber solche Ledigung, oder Abkaufft nit beschehen wäre, so ist deroselben verlassen Guoth der Obrikeit verfallen, wie von Altem herkomen" [13]). Ausdrücklich bestimmt das BGB, dass jedes uneheliche Kind durch die Heirat eine eigene Familie und verwandtschaftliche Verhältnisse stiften kann, welche das Gesetz anerkennt [14]).

Zusammenfassend ist festzustellen: ursprünglich war wahrscheinlich das uneheliche Kind in den Luzerner Rechten mit dem Vater im Rechtssinne nicht verwandt. Ob das Kind mit der Mutter und der Mutterseite rechtlich verwandt war, ist bestritten und ungewiss. Allmählich setzte sich das natürliche Empfinden durch. Das Band, das infolge der Abstammung das Kind mit der Mutter verbindet, konnte nicht ganz ignoriert werden. Sogar das Verhältnis zum Vater wird inniger. Die Situation verschlechtert sich vom 17. Jahrhundert an zusehends, bis das Gesetz von 1865 überhaupt den Familienstand des Bastarden verneinte [15]).

---

[11]) BGB § 97. — Nach § 98 erhält das Kind das Ortsbürgerrecht der Mutter, wenn der Vater ein Fremder ist, in dessen Heimatort das Kind nicht aufgenommen wird. Der Vater muss aber ein Einkaufsgeld an das Armengut der Ortsbürgergemeinde der Mutter bezahlen.

[12]) Ges. von 1856 § 2: Alle unehelichen Kinder erhalten das Ortsbürgerrecht der Mutter und tragen den Geschlechtsnamen derselben. Ist die Mutter eine geschiedene Ehefrau oder eine Witwe, so bekommt das Kind den angeborenen und nicht den angeheiratheten Geschlechtsnamen der Mutter.

[13]) M XII § 1, betr. Ledigung vergl. § 6.

[14]) BGB § 103, Ges. 1865 § 15.

[15]) Ges. von 1865 § 15: Es hat jedoch keinen Familienstand, es gehört weder zur Familie seines Vaters noch zu derjenigen seiner Mutter und ist in Hinsicht auf diese Familien von den Rechten ausgeschlossen, welche in der Verwandtschaft ihren Grund haben. — Nach BGB § 415 kommt

Erst das ZGB brachte das ausserehelichе Kind wieder in rechtliche Beziehungen wenigstens zur Verwandtschaft mit der Familie der Mutter. Immer war es dem Unehelichen möglich, durch Heirat Familie und verwandtschaftliche Beziehungen zu schaffen [16]).

---

§ 6.

ERBRECHT

Erbrecht des unehelichen Vaters gegenüber dem ehelichen Kinde. - Beerbung des Vaters. - Beerbung der Mutter. - Die Obrigkeit beerbt die Unehelichen. - Eheliche Kinder beerben ihre unehelichen Eltern. - Letztwillige Verfügungen. - Loskauf von der unehelichen Geburt.

Das uneheliche Kind gehört weder zur Familie des Vaters noch zu der seiner Mutter. Daher ist es nicht erbberechtigt, denn eheliche Zeugung ist ein wesentliches Erfordernis aller Erbfähigkeit. Aber auch die Ehelichen nehmen nicht das Erbe der Bastarden, das ist oberster Grundsatz: „Ouch wo vnelich lüt sind, die sond nit erben“ [1]). Eine Ausnahme statuiert das Stadtrecht von 1480 für den unehelichen Vater, dessen eheliche Kinder vor ihm, ohne eheliche Nachkommen zu hinterlassen, sterben: „Wir sezen ouch das ein Jetlicher vatter, er sy elich oder vnelich, der sol vnd mag sine eliche kind, die vor Jm ane elich lib erben abgand, an allem Jrem gut vor menglichem erben“ [2]). Diese Bestimmung ist wohl auf die Idee zurückzuführen, dass durch die Ehe das Unrecht, welches auf den Unehelichen haftet, wieder gesühnt wird und in ihren Kindern das verlorene Recht wieder auflebt [3]). Mit dem wachsenden Einfluss der Kirche verbesserte sich langsam die Lage der Unehelichen in erbrechtlicher Beziehung. Die zunehmende Vergabungsfreiheit gab dem Vater ein Mittel in die Hand, mit dem er die natürliche Blutsverwandtschaft mit den

---

dem unehelichen, nicht legitimierten Kinde ein ges. Erbrecht auf das Vermögen der Mutter zu.

[16]) Vergl. Anm. 14. — Ges. 1865 § 15: Hingegen kann ein uneheliches Kind durch Heirath einen eigenen Familienstand und verwandtschaftliche Verhältnisse stiften.

[1]) RB IV 55 1424. — Nagorski, Das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Vater 18 f: in den ältesten Zeiten scheinen die Unehelichen überhaupt nicht erbfähig zu sein.

[2]) SR 25. — Im Municipale heisst die analoge Bestimmung M X 10: „Item soll, und mag ein jeder Vatter, der seye Ehelich oder Unehelich, seine Eheliche Kinder, so vor ihme ohne Eheliche Leib-Erben absturbent, an allem ihrem verlassenen Guoth vor mäniglichem Erben.“

[3]) Bluntschli, Rechtsgeschichte I 469.

Kindern anerkennen und ihnen durch Testament etwas zuwenden konnte [4]). Dem Vater wurde es möglich, durch letztwillige Verfügung, seinen unehelichen Kindern, mit Erlaubnis des Rates, etwas zu vermachen. Hatte er keine eheliche Nachkommen, so konnte er ihnen die ganze Erbschaft überlassen. Die Bewilligung des Rates war aber in jedem Falle nötig. Eine Verordnung von 1585 gibt den Unehelichen ein Erbrecht hinter dem Vatermagen in Konkurrenz mit dem Muttermagen [5]). Diese Bestimmung, die Segesser, der die Verordnung von 1585 nicht gekannt zu haben scheint [6]), als Anomalie bezeichnet, findet sich wieder im Stadtrecht von 1588: „Was dann die Erbschaft der Vnehelichen wyter belangt, wie die so vnehelich erboren, in andern fählen wyter erben mögen, da soll es also gehalten werden, namlich wo der ehelich Stammen abgestorben vnd dessen niemand mehr wäre von Vatermag, so sollen die ehelichen von Muttermag mit den Vneheliehen Stammen Vatermag bis in das vierte Glid glich erben" [7]). Das war ein Höhepunkt. Im Municipale ist dieses Intestaterbrecht verschwunden. Es findet sich auch nicht mehr im BGB ausser bei den durch Dekret des Grossen Rates legitimierten Kindern, die hinsichtlich der Beerbung des Vaters, dessen Deszendenten und Aszendenten, den ehelichen gleichgestellt werden [8]). Jedoch kann nach BGB § 432 der Vater einem unehelichen Kinde, auch wenn er gesetzliche Erben der ersten und zweiten Klasse hinterlässt, mittelst letzter Willensverordnung, die Hälfte des Erbteiles zuwenden, den dasselbe erhalten hätte, wenn es ehelich geboren wäre. Hierzu bemerkt Weber: „Dieses Testierungsrecht scheint im Kanton Luzern ziemlich alt zu sein. Wie es scheint, führte es nicht selten zu Missbräuchen, so nahm schon im Hornung 1588 Octavio Paravicini, Bischof von Alexandria, Nuntius in der Schweiz, den Chorherren in Münster das Recht weg, für ihre unehelichen Kinder zu testieren und hielt sie an, der Obrigkeit einen diesfallsigen Revers auszustellen. Vergl. Ph. Anton von Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, 4. Band, Seite 480" [9]). Die Söhne der Geistlichen nahmen

[4]) Segesser II 473, vergl. den später zitierten Entscheid in RB VI 86 1485.

[5]) Vergl. § 5, Anm. 7.

[6]) Segesser IV 49, vergl. Denzler 231.

[7]) Stadtrecht von 1588, Artikel 14.

[8]) BGB § 414: Einem unehelichen, auf Ansuchen des Vaters durch Dekret des Grossen Rathes legitimirten Kinde kommt ein Erbrecht auf die väterliche Verlassenschaft so wie auf die Verlassenschaft der Aszendenten des Vaters und der Deszendenten desselben zu, wie wenn es ehelich geboren wäre. — BGB § 415: „Den unehelichen, nicht legitimirten Kindern steht kein gesetzliches Erbrecht zu etc.".

[9]) Weber 127. — Segesser IV 480: er erliess ein Edict, dass jeder Priester, der des Concubinats schuldig erfunden werde, ohne Mittel seine Pfrund verloren haben soll.

nämlich eine Ausnahmestellung ein, die sie fast den Ehelichen gleichsetzte. Ein Ratsentscheid von 1485 gibt uns davon ein anschauliches Bild: „probst seligen erb. Als vff hüt vnseres herre probst brunnenstein seligen vetter peter brunnenstein vnd ludwig kramer als ein vogt, des probsts dirnen vnd sins verlaßenen kinds vor vns Jm rechten gewesen sind, vnd yettweder gemeint hatt, zu sim verlassenen gut recht ze haben, die dirn vnd ir kind, vo craft sines gemechtes, vnd aber brunnenstein als der nechst Sipkind, Haben wir nach clag vnd antwurt, vnd ouch vff verhörung des testamentz vns erkent, dz herren probstz kint des herren erb heissen vnd sin sol vnd sol ludwig kramer des kintz vogt bliben vnd sin, der selb vogt sol erkennen wz guotz der herren hinder jm gelaußen vnd dz sol beschechen jn dry tagen vnd sechs wuchen vnd wan dz zitt vergangen vnd der vogt dz guoth erkennet hatt, so sol der vogt dan angentz vs laußen, ob er jm namen des kintz zuo dem erb stan wel oder nitt vnd wil er jn dz erb stan so sol er die geltten von wegen des kintz bezallen vnd vmb jr zuo spruoch red vnd antwurt geben. Des glich des kintz muotter vmb dz so sy meint jr guoth sig ouch red vnd antwurt geben, wo er aber von des kintz wegen jn dz erb nit stan wil, dann mogen die gelten, des kintz muotter, der brunnenstein, old wer zuo dem guot meint recht zu haben etc.“ [10]).

Einleuchtend ist, dass das natürliche Band zwischen Mutter und Kind im Erbrecht nicht ganz ausser acht gelassen werden konnte. Ein Ratsbeschluss von 1423 zeigt, dass den unehelichen Kindern ein Intestaterbrecht zukam, wenn keine eheliche Nachkommen, sondern nur Seitenverwandte vorhanden waren [11]). Hinterliess aber eine Mutter neben unehelichen Kindern auch eheliche, so waren die erstern vom Erbrecht ausgeschlossen [12]). Dass die Lage der ausserehelichen Kinder im Hinblick auf die Beerbung der Mutter nicht ganz ungünstig war, zeigen die vielen Loskäufe von der unehelichen Geburt im Moment, da die Mutter eines unehelichen Kindes sich verheiratet [13]). Aber erst die Kodifikation des 19. Jahrhunderts gibt dem Bastarden ein gleiches Erbrecht gegenüber der Mutter wie dem ehelichen Kinde: „Den unehelichen, nicht legitimirten Kindern steht kein gesetzliches Erbrecht zu, ausgenommen auf das Vermögen der Mutter, hinsichtlich welchen Vermögens sie und ihre Abstämmlinge bei der Erbfolge gleiche Rechte wie die ehelichen geniessen“ [14]). Das Erbrecht beschränkt sich aber auf die Person der Mutter. Auf

[10]) RB VI 86 1485. — Vergl. Segesser II 473, Anm. 3.
[11]) RB IV 180 1423, vergl. § 5, Anm. 4.
[12]) Segesser II 473 ff.
[13]) RB XVIII 178 b 1549, LXXXI 1689 etc.
[14]) BGB § 415. — Kas. Pfyffer, Erläuterungen des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern, Zweiter Teil, 69 f.

die Verlassenschaft der mütterlichen Seitenverwandten haben uneheliche, nicht legitimierte Kinder keinen Anspruch [15]).

In bezug auf das passive Erbrecht galt der Satz, dass das Vermögen der Unehelichen der Obrigkeit anheimfalle: „Als denn die vnsern von Entlibuch anbracht, wie denn ein vnelicher ze Entlibuch abgestorben sie, der ettwas gutz gehebt, So er an die kilchen allenthalbe Jm land verordnet habe, vnd begerent, das man den kilchen Sölich gut vervolgen laßen welle, Hand sich R. vnd H. erkent, das die vnsern von Entlibuch vns von wegen der oberkeit So die vnelichen zu erben hat, xx gl von dem gut geben sollend vnd das vbrig söllen sy allenthalben teilen an die kilchen im land vnd ordnen“ [16]). Lange hielt sich nämlich noch die Auffassung, dass die Obrigkeit für die Bastarden zu sorgen hatte [17]). Nachdem aber die Kinder von unehelichen Eltern als eheliche geachtet wurden, so musste diesen auch ein Erbrecht gegenüber den unehelichen Eltern eingeräumt werden, dies umsomehr, als der uneheliche Vater ein Recht auf die Verlassenschaft seiner ehelichen Kinder hatte. Schon die erste Niederschreibung des luzernischen Rechtes gibt deshalb den ehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht gegenüber den unehelichen Eltern unter Ausschluss der ehelichen Geschwister der Eltern: „Wo eliche kind Jr vatter vnd mutter erben mogent, ob ioch vatter vnd mutter vnelich werent. Aber sezen wir, wo ein vatter old mutter vnelich sind vnd aber eliche kind nach tode land, Hand ioch die selben elich bruder oder Swöstern, so erbent doch die eliche kind Jren vatter old Mutter an allem Jrem verlaßenen gut, vngehindert des das Jr vatter oder Jr mutter vnelich gewesen sind“ [18]). Hingegen war es ihnen versagt, zu einem Erbe zu gelangen, das durch ihren unehelichen Vater, bezw. ihre uneheliche Mutter vermittelt wird: „Ouch wo vnelich lüt sind, die sond nit erben, es werd Jnen denn mit vrteil verschafft, vnd der vnelichen kint sönt nit hinder sich erben, die so ir vatter vnd mutter nit erben mochtent“ [19]). Das Municipale gibt dieses Erbrecht der ehelichen Kinder gegenüber ihren unehelichen Eltern nur noch unter der Bedingung, dass der uneheliche Teil sich von der unehelichen Geburt losgekauft habe: „Wofehrn aber solche Ledigung oder Abkaufft nit beschehen wäre, so ist deroselben verlaßen Guoth der Obrikeit verfallen, wie von altem herkomen“ [20]). Uneheliche Geschwister aber, die ausgekauft sind, können einander beerben, wenn ihr Vater gestor-

[15]) ZGB 461: Die ausserehelichen Blutsverwandten werden in der mütterlichen Verwandtschaft den ehelichen im Erbrecht gleichgestellt.
[16]) RB VII 379 1496. — Vergl. Segesser II 474.
[17]) RB LXXIV 210 b 1663. — Huber IV 530, jus bastardisae, Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechtes 483.
[18]) SR Art. 26.
[19]) RB IV 55 a 1424. — Vergl. Segesser II 475.
[20]) M XII § 2, vergl. § 5, Anm. 10.

ben war: „Wann der Unehelichen Geschwüsterten etliche wehrent, die von der Obrikeit auskaufft, auch keinen Vatter mehr im Leben hätten, und eines von denselben sturbe, wird dessen Verlassenschaft von denen auch Unehelichen Geschwüsterten geerbt, welche mit dem Verstorbenen von einer Mutter herkommen seynd“ [21]). Die Wechselseitigkeit des Erbrechtes, dass diejenigen Personen, welche das uneheliche Kind beerben, von ihm auch beerbt werden können, zeigt sich im BGB hinsichtlich des Verhältnisses zu seiner Mutter: das uneheliche Kind erbt, mitsamt seiner Nachkommenschaft, von der Mutter, die Mutter erbt von dem Kinde und dessen Nachkommenschaft [22]).

Durch den Rechtssatz, dass das Gut der Unehelichen an die Obrigkeit falle, wurde eine starre Ordnung geschaffen. Hier trat das Recht der Vergabungen ergänzend ein. Will ein Unehelicher über seinen Nachlass testamentarisch verfügen, so ist dazu die Erlaubnis des Rates notwendig. Erhielt er diese, dann war er hinsichtlich der Beerbung den Ehelichen gleichgestellt: „Bed rätt hant vff den obgenanten tag friedrich ze breisikon gonnen vnd erloupt dewil er vnelich ist, dz er nit dester minder sins guotz her vnd meister sin sol vnd er das mag verschaffen vnd vermachen als ob er elich were nach des amptz recht willisouw. es sy durch gott vnd durch ere vnd wz er also verschafft soll krafft vnd macht haben als ein ander elicher, hat dar vmb ein vrkund“ [23]).

Die Erlaubnis, die vom Rat den Unehelichen erteilt wird, über ihren Nachlass testamentarisch zu verfügen, wird wohl die Uebergangsstufe gewesen sein zu einem Institut, das mit der legitimatio per rescriptum principis eine gewisse Aehnlichkeit hatte. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts wird diese Legitimation, Abkauf von der unehelichen Geburt genannt, sehr häufig. Die Wirkung dieses Ab- oder Loskaufes scheint ursprünglich nur erbrechtlich gewesen zu sein [24]). Den Abschluss dieser Entwicklung bildet die Legitimation durch Dekret des Grossen Rates, die aber

[21]) M XII § 3. — Segesser vermutet, dass das Erbrecht an der Verlassenschaft Unehelicher noch weiter ausgedehnt worden sei, Segesser II 475. Aber ausser dem dort angeführten Entscheid finden sich keine weitern Anhaltspunkte hierfür.

[22]) BGB § 417: Auf den Nachlass eines ohne erbfähige Nachkommenschaft verstorbenen unehelich gebliebenen Kindes kommt aus dem Grunde der Blutsverwandtschaft Niemanden ein Erbrecht zu, ausgenommen der Mutter. — Vergl. Anm. 14.

[23]) RB V A 351 b 1472. — RB XLI 1588: „Vff hütt Jst von mgh erschinen Jr Vnderthan Pedter Mardtin von Willisouw vnd diewyl er vnelich erboren mgh gepedten Jnne der vnelichen gepurdt halben ze fryen damit er ouch möge testamentiren. Habendt also mgh Jnne vff solche pitt gefryet das er wol möge testamentiren, Jedoch Jme vorbehallten dheine vnbilliche Testament ze machen. Vnd sol hiemit für solche befryung vnd abkouff Jedem mgh so gegenwürdig gsy einen guldin Jn die Stuben geben.

[24]) Segesser IV 47 f.

keine rückwirkende Kraft hatte [25]). Grundsätzlich sind im 16. Jahrhundert die Unehelichen immer noch weder des aktiven noch des passiven Erbrechts fähig. Aber es war ihnen jetzt möglich, sich von den Wirkungen der unehelichen Geburt zu befreien, und sich ein Erbrecht zu sichern. Der Loskauf wird die Voraussetzung einer jeden erbrechtlichen Beziehung zwischen Ehelichen und Unehelichen, mit der Ausnahme, dass der unehelich geborene Vater seine vor ihm verstorbenen Kinder beerbt. Die Obrigkeit erteilt diesen Loskauf [26]). Die Gebühr, die dafür erhoben wird, ist verschieden hoch [27]). Ursprünglich scheint man mit dem Loskauf eine Gleichstellung der Unehelichen mit den Ehelichen bezweckt zu haben. Später wird die Wirkung immer mehr eingeschränkt, so gibt ein Ratsentscheid von 1797 dem Legitimierten nur noch das passive Erbrecht [28]). Der Geledigte wird den Ehelichen gleichgestellt nach einem Entscheid von 1550: „Amman Muffen von Nüwenkilch hand min gh syn vnelichen sun gefryet, das er alls vil erben soll, als ob er eelich wär, vnd so derselb vneelich sun on lybeserben abgadt mit todt, soll syn Gut widerumb an Muffen rechten vnd nechsten erben vallen“ [29]). Andere Entscheide erklären nur kurz, dass man einen Unehelichen ehelich gemacht habe: „Vff hütt hett Jacob schaub sich syner vnelichen geburt halb abkouft vm dry krone. Jst in der Luttere deheine Jn der graphschafft willisouw“ [30]). Die Wirkung kann auch beschränkt sein. So wird dem Müller von Ruswil gestattet, dass er seinem unehelichen Sohne einige Gulden und den dritten Teil der Fahrnis vermachen dürfe [31]). Später wird die Ledigung vielfach nur unter der Voraussetzung erteilt, dass erbfähige Blutsverwandte vorhanden seien, sonst, wenn er „one eigene lybes Erben tödlich ablybte“, solle sein Hab und Gut an die Obrigkeit fallen [32]). Dieser Brauch wird durch eine Verordnung von 1683 bestätigt: „Beyneben habend vgH der Vnehelichen vskaufs

[25]) BGB § 105. — Vergl. § 10.

[26]) Vergl. Anm. 23, 29, 33 — RB LXXIX 363 1684: „Als Hanns fridli aus dem land Entlibuch gebürtig vor mgH angehalten, das er möchte seiner vnehelichen geburt ausgekauft werden, habent mgH Jhme solcher gnad verwilliget, vnd solle hiermit für sein vskauf Herrn Seckelmeister 35 gl bezahlen.

[27]) Vergl. Anm. 26 (35 Gulden), 30 (drei Kronen), RB XVI 343 1545: 5 Gulden, RB XVI 278 1544: 2 Gulden, XLIX 374 b 1598: 50 Gl., XLI 47 b 1588: jedem anwesenden gn. Herrn 1 Gl. etc.

[28]) RB LXII 429 1797: „...daß dem Bittsteller das heurathen untersagt, zu den Erbschaften zu trethen verboten seyn, und er überhin keine rechtliche Ansprach auf die Gemeinde Güter solle machen können.“

[29]) RB XX 82 1550, ähnl. XXXIII 253 a 1575.

[30]) RB XXII 111 a 1555.

[31]) RB 296 b 1556, vergl. Anm. 23, RB XLI 47 b 1588: dheine vnbilliche Testament ze machen.

[32]) RB LXIV 301 a 1635, ähnlich LV 140 a 1616, LXV 130 b 1637.

halber volgende Erlütherung gethan, das in die brieff gesetzt werde, das wan eine solche von vnelicher geburth ausgekaufte persohn Ehlich Kinder hinderließe, man dieselbe bey diser gnad verpleiben lassen, wan aber solche ohne leibs Erben abstürben, vgH Jhres Rechts wieder vorbehalten haben“ [33]).

Es erhebt sich nun die Frage, wer das Gesuch um Bewilligung des Loskaufes von der unehelichen Geburt stellen konnte. Die grosse Zahl der Entscheidungen lassen den Schluss zu, dass die Aktivlegitimation jedermann zustand, der am Abkauf ein Interesse hatte. In erster Linie kommt der Uneheliche selbst in Betracht [34]), dann sein Vater, der auf diese Weise seinen unehelichen Kindern etwas zuwenden konnte: „Vff hütt ist vor myne g. h. erschine vli von Huoben me genezt vli hinter der kilchen vnd von myne g. h. begeret, wyl er vnelich sünen von zweyen muottere hab, well er selbigen synen süne gmecht vnd ordnung thun Jn by syn sins bruoders vnd hett der schwester verkündt vnd begert m. g. h. wellent Jm bewilligen das syne sün Jnne den vatter vnd er der vatter syne sün vnd Je ein sun nach sym todt den andren erben möge alls wann sy Eelich wärent vnd das er ouch eim mer dan dem andern gen moge syns gfallens vnd ouch diß gmecht mogen mere mindren endren oder widerrüffen syns gfallens. Vnd er hett sich abkouft nemlich mit fünffzig gulden in müntz so er mynen g. h. Jn die rattstuben gen hatt mitt lütterung so die vier vnelichen sün mit todt abgiengent one lyberbe das dan Jr verlaßen guotte fallen sölle an syne rechten vnd nechsten erben“ [35]). Auch die Geschwister waren berechtigt, dieses Gesuch zu stellen [36]). Damit dem Gesuche entsprochen werden kann, ist nötig, dass diejenigen Blutsverwandten, die durch die Ledigung betroffen werden, ihre Zustimmung erteilen [37]). Ihren Niederschlag findet diese Art der Legitimation im Municipale: „Wann aber ein Unehelicher, der auskaufft ist, ohne Eheliche Kinder abstirbt, denselben erbt sein Vatter, ist er aber nit auskaufft, so erbt ihn auch die Obrikeit, wie obgemelt“ [38]).

[33]) RB LXXIX 354 a 1683, bestätigt LXXXI 487 1689. Häufige Abweisungen der Gesuche finden sich erst in neuerer Zeit LI 296 a 1767.

[34]) RB V 351 a 1472, Anm. 23, 26. — LXXXIIX 145 b 1708: „Als Kaspar Schnider von Horw so von unehelicher geburth herstammt, seine ledigung in aller Underthänigkeit begehrt, ist solche ihme in ansechen seines bis dahin geführten ehrlichen wandels in gnaden zugesagt worden, solle aber vor der legitimation, weil er sosten arm 5 gl. bezahlen.“

[35]) RB XXV 20 a 1560. — RB XVI 278 1544, XX 82 1550.

[36]) RB LI 195 a 1610. — In RB XVIII 178 b 1549 findet sich ein Gesuch der Mutter.

[37]) Vergl. RB XLIX 374 b 1598, Anm. 36. — RB LX 128 b 1626: „Wann dann Hans Bründler von Rott vnehelichens Stammens deswegen nach m. g. H. alten rechten brüchen vnd satzungen vf hüt für m. g. H. sampt sinen ehelichen erzügten kindern gestellt, vnd bitlich angehalten etc.“ — RB XXXIII 253 a 1575.

[38]) M XII § 2.

§ 7.

DER UNTERHALTSANSPRUCH DES UNEHELICHEN KINDES UND DIE LEISTUNGEN DES VATERS AN DIE MUTTER

Rechtliche Natur - Beginn der Unterhaltspflicht - Dauer und Umfang - Wer sorgt für das uneheliche Kind? - Leistungen des ausserehelichen Vaters an die Mutter - Subsidiäre Unterhaltspflicht - Priesterkinder.

Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kinde entspringt einem natürlichen Empfinden, das sich nicht nur auf die ehelichen, sondern auch auf die unehelichen Kinder bezieht. Klar ist der Rechtsgrund der Verpflichtung seitens der Mutter. Er liegt in der Blutsverwandtschaft, die sie mit dem Kinde verbindet. Von Natur aus ist die Mutter in einem weit nähern Verhältnis zu dem Kinde als der Vater [1]). Auf was stützt sich aber der Anspruch der Unehelichen gegen ihren Vater? Im gemeinen Recht war der Rechtsgrund der Unterhaltspflicht bestritten [2]). In ältester Zeit, z. B. nach Lex Langobardorum ist die Grundlage familienrechtlicher Natur. Die unechten, anerkannten Kinder treten in den Stand des Vaters ein und nehmen an der Erbschaft teil. Der Sachsenspiegel mit seiner völligen Familienlosigkeit der Bastarden konnte diese Auffassung nicht übernehmen und so finden wir im Mittelalter eine Kausalhaftung. Die Verpflichtung wird auf die Tatsache der physischen Zeugung als einen in sich geschlossenen Akt gestützt [3]). Wenn nun mehrere Konkubenten gemeinsam verpflichtet wurden? [4]). Dies konnte nicht auf Grund des Kausalprinzipes erfolgen. Dass hier eine obligatio ex delicto die Unterhaltspflicht begründet, denn der ausserehelichen Beischlaf

---

[1]) Vergl. § 4, Anm. 30. — Zu den folg. Erörterungen vergl. Weber 71, Peyer 8 f, 38, Gmür 540 f, Mohr 41 f.

[2]) Die Anhänger der Deliktstheorie, z. B. Windscheid lassen den Schwängerer auf Grund des Deliktes, als welches sie den ausserehelichen Beischlaf ansehen, haften, und zwar mehrere als Schwängerer in Betracht kommende Männer solidarisch. Dernburg u. a. gründen die Unterhaltungspflicht auf die natürliche Verwandtschaft, gewähren aber, da die Erzeugung bei der Beteiligung mehrer Männer unsicher ist, dem als Erzeuger in Anspruch genommenen die exceptio plurium. Vergl. Kulow, Repet. des gesamten röm. Rechts, Nagorski 120 f betr. der jurist. Unhaltbarkeit der Deliktstheorie.

[3]) Nagorski, 120 f. — Den ältern Rechtslehrern genügte das Vorhandensein der Alimentationspflicht, daher zur Begründung die Ausdrücke wie pietas, aequitas, jus naturale, vergl. Peyer 38.

[4]) Vergl. § 3, Anm. 31, 32. § 4, Anm. 21, 22.

wurde, wenigstens später, als Unzuchtsvergehen bestraft [5]), ist unwahrscheinlich. Nimmt man dies aber an, so liegt es nahe, weiter zu folgern, dass auch in dem Falle, wo nur ein Konkubent zur Unterhaltung des Kindes angehalten wurde, die Pflicht aus dem Delikt entsteht. Dieser Schluss ist von vielen gezogen worden [6]). Wir müssen uns aber vor Augen halten, dass für den damaligen Gesetzgeber das praktische Bedürfnis wegleitend war. Das Stadtrecht von 1480 ist nur die Niederschreibung von Rechtsgewohnheiten, die schon längst bestanden haben. In ihm kommt vorzüglich das natürliche Empfinden des Volkes zum Ausdruck. Juristische Erörterungen theoretischer Natur beschäftigten den Gesetzgeber wenig. Die Abfassung von Artikel 120 des Stadtrechtes [7]) und die Art der Anwendung des Rechts [8]) lassen darauf schliessen, dass das Kind, natürlicher Anschauung gemäss, mit dem Vater als tatsächlich verwandt angesehen wurde, und dass die Verpflichtung in der natürlichen Blutsverwandtschaft beruht nach Analogie der ehelichen Verwandtschaft [9]).

Unsere Quellen enthalten nur wenige Andeutungen darüber, wie die Unterhaltspflicht von der Mutter, bezw. dem Vater, den Erben, der Gemeinde ausgeübt wurde. Unzweifelhaft treten die

---

[5]) Vergl. § 9. — Der ausserehelichen Beischlaf wurde in Luzern im 15. und teilweise noch im 16. Jahrhundert nicht allgemein als ein Vergehen betrachtet, da erst im Jahre 1581 das öffentliche Frauenhaus geschlossen wurde. Vergl. Kas. Pfyffer, Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern. I 290. — Segesser II 684: Einfache Fornification wurde bürgerlich nicht als strafbar erklärt, wie sich aus der Existenz eines offenen Frauenhauses ergibt. Freiwillige Schwächung einer ehrbaren Frauensperson begründete lediglich privatrechtl. Ansprachen der Geschwächten an den Beischläfer. — Erst unter dem Einfluss der Kirche (Reformation, Trid. Konzil etc.) wurde der Beischlaf zu einem öffentlich-rechtlichen Vergehen, vergl. M. IX § 5: „Damit aber sollich unehrbares Leben mehrers abgehalten werden. und die ledige Persohnen erkennen mögent, daß es fählbar und straffwürdig seye, ist darauff die Straff gesetzt, wann Ledigs mit Ledigem in dem Laster der Unzucht verfählt, und es Kundtbahr wird, ein jedes fünff Guldin zur Buoß verwürkt haben soll." — Peyer, 8 f, nimmt an, dass der Gesichtspunkt eines privatrechtlichen Deliktes gegenüber der Klägerin erst später auftrete.

[6]) Vergl. Nagorski 119 f.

[7]) Vergl. § 3, Anm. 17. — M IX § 1: „. . . .wann eine solche (Weibs-Persohn) in ihren Kindsnöthen auff ihr Gewüßen einen für den rechten Vatter angibt und ihme das Kind zutauffen läßt etc.". Vergl. § 4, Anm. 24.

[8]) Vergl. RB V B 385 b 1482 in § 3, Anm. 33, Art. 14 des Stadtrechtes von 1588, vergl. § 6, Anm. 7. — RB XVII 6 a 1545: „Zwüschen Hosanger Eins, Sodanne den Himelrychern Jst vff verhör etc. erkendt, das Hosang das kind nämen Jme das best thun soll, wie ein vatter."

[9]) Mohr, 53: Die historische Entwicklung unserer Vaterschaftsklage aus der frühern Statusklage hat hier stets den rechten Weg gewiesen. Theorien, die das Verhältnis des ausserehelichen Kindes zu seinem Vater anders als auf der Verwandtschaft beruhend darstellen, sind von vorneherein ausgeschlossen.

Wirkungen der ausserehelichen Geburt für die Mutter mit der Geburt ipso facto ein. Unklar ist, wann das Verhältnis zum Vater beginnt. In vielen Fällen ist der Vater im Moment der Geburt unbekannt. Das Stadtrecht lässt aber zweifellos die Wirkungen für den Vater mit der Geburt beginnen [10]). Die freiwillige Anerkennung oder die Zusprechung hat nur deklarativen Charakter, das Vaterschaftsverhältnis wird durch sie bewiesen, nicht aber begründet [11]).

Ueber die Dauer der Unterhaltspflicht fehlen präzise Angaben. Sie richtet sich nach dem jeweiligen Bedürfnis, d. h. die Kinder müssen solange verpflegt werden, bis sie sich selbst durch die Welt bringen können oder wie es damals hiess „bis die kind selbs muoß vnd brot verdienen mogent" [12]) oder „bis er (der Knabe) erwachsen dz er ein handwerch lernen mag" [13]). Nach dem Gesetz von 1865 hat der Vater der ausserehelichen Mutter einen jährlichen Beitrag an die Verpflegung und Erziehung des Kindes zu leisten, bis dasselbe das siebzehnte Altersjahr zurückgelegt hat [14]). Von einer Erziehungspflicht spricht schon das Stadtrecht [15]), auch viele Entscheide erwähnen sie [16]). Auf diese Verpflichtung deutet auch die Ueberschrift zum Titel IX des Municipale hin: „Umb Kind hinweg geben, so außert der Ehe gezeüget werden, auch was um Erzüchung derselben Recht seye". Nach der Polizeiverordnung von 1803 erteilt die Polizeikammer die Erlaubnis, einen Unehelichen ausserhalb der Gemeinde zu versorgen, nur unter der Bedingung, dass Sicherheit geleistet wird, dass das Kind an einem katholischen Orte rechtmässig versorgt und christlich erzogen werden kann. Von einer christkatholischen Erziehung spricht das Gesetz vom Jahre 1825 [17]).

[10]) SR 120, vergl. § 3, Anm. 29. — M IX § 2: „Wann einer auch eine Frau oder Tochter schwängert und das Kind an die Welt kombt, er habe das selbige gleich guethwillig oder vor dem Rechten als sein Kind angenommen, soll er ihro zechen Guldin jn- und für die Kindtbette zahlen, sie aber demnach schuldig seyn, etc."

[11]) Vergl. z. B. M IX § 2, Anm. 10. — ZGB 319.

[12]) RB XXVII 114 b 1565.

[13]) RB LI 40 a 1609. — Vergl. BGB § 101.

[14]) Gesetz von 1865 §§ 9, 10.

[15]) SR 120, vergl. § 3, Anm. 3.

[16]) RB B V 385 b 1482: „...Sunder das (kind) han vnd erzüchen." — RB XXVI 402 a 1567: „...erziechen vnd das best thun wöllten." — Vergl. die Entscheide in den Anmerkungen 18, 19.

[17]) BGB § 101: Uneheliche Kinder sollen von derjenigen Person, welcher sie zugesprochen worden, die gehörige Verpflegung und eine Erziehung erhalten, die sie in den Stand setzt, sich selbst durch die Welt zu helfen. Die Waisenbehörden der Gemeinden, welchen sie angehören, sollen darauf achten, dass die Person, welche für die Verpflegung und Erziehung eines solchen zu sorgen hat, ihre Verpflichtung getreu erfülle.

Das Kind hat vor allem Nahrung und Kleidung zu fordern [18]). Häufig wird betont, der Vater solle das Kind zu sich nehmen „vnd erziehen als ein vatter sim kindt schuldig“ [19]).

Wem liegt nun die Sorge für den Unterhalt des Kindes ob? Die Entwicklung ist in Luzern, allen Anzeichen nach, die gleiche gewesen wie anderwärts. Unzweifelhaft hat die Mutter die erste Pflicht, für das Kind zu sorgen, sie steht ihm am nächsten. Die Rechtsordnung beschäftigte sich ursprünglich gar nicht damit, sondern sie überliess das Kind ganz einfach seiner Mutter. Der Vater kam rechtlich nicht in Betracht [20]). Subsidiär sind zu Hilfeleistungen die Verwandten verpflichtet. Auch der Vater wird gewöhnlich etwas an die Kosten beigesteuert haben. Als nun aber mit der Zunahme der Bevölkerung auch die ausserehelichen Geburten sich dementsprechend vermehrten, zudem sich die Lebensbedingungen immer schwieriger gestalteten, so versuchte man den Vater, dem es ja leichter war, für sein Kind aufzukommen, zu einer Leistungspflicht rechtlich anzuhalten. Ethische Rücksichten haben wohl auch mitgewirkt bei dieser Entwicklung [21]). Deutlich zeigt sich in dem Ausdruck „Vmb kind hin vnd enweg geben“, der für die nun aufgekommene Klage der Mutter gebraucht wird, das Aussergewöhnliche, das zunächst in einem solchen Vorgehen gelegen haben wird [22]). Um die Mitte des 15. Jahrhunderts fing man also an, auf dem Rechtswege nach dem ausserehelichen Schwängerer zu forschen, um ihn an der Unterhaltspflicht gegenüber dem Kinde teilnehmen zu lassen [23]).

Gab die Mutter das Kind dem Vater beim Eid, „so soll er Jra aber das kind abnemen vnd das ane Jren costen züchen“. Es fällt dem Vater die ganze Last zu, aber nur in dem Fall, wenn er ihr „in der kindbette nit hilft“, sonst aber muss er im Verein mit der Mutter das Kind „helfen ziechen“ [24]). Nach dem Amts-

[18]) RB V B 55 1444: „..das er dz kind sol getrüwlich ziechen mit eßen trinken kleidern vnd andern Sachen, dz das kind keinen gebresten habe.“

[19]) RB XVII 14 a 1545. — RB XII 233 a 1525: „Sol der Her das kind für sin kind ziechen.“ Vergl. ZGB 324, 325.

[20]) Zu diesen Ausführungen vergl. Huber IV 533 f, Mohr 5 f, § 3, Anm. 1.

[21]) Die Vaterschaftsklage kam schon vor der Reformation auf.

[22]) Huber IV 534.

[23]) Vergl. § 3, Anm. 3, 4.

[24]) SR 120: „Ob einer einer frowen ein kind macht, ob er das sol helfen ziechen oder nit, was recht ist. Aber sezen wir, wollen ouch das vestenklichen halten, welcher einer frowen oder dochter ein kind macht, hilft er Jr nit in der kindbette, so soll er Jra aber das kind abnemen vnd das ane Jren costen züchen. Doch hat die frow den gewalt, das sy mag von dem, So Jr das kind gemacht hat, nach Jrem gevallen stür oder hilff nemen oder nit, weders sy will. Nimpt sy aber hilff von Jm, dann sol sy Jm das kind helfen siechen. (Vnd ob einer zwei oder drü old me macht, so sol es doch alwegen by disem Stadtrecht bliben.)“

recht von Willisau sind Vater und Mutter gehalten, „zu beiden syten demnach das kind einandern helfen ziechen“ [25]).

Gewöhnlich wurde der ausgemittelte Vater verpflichtet, an die Kosten der Geburt einen Beitrag zu leisten, ähnlich wie im modernen Recht: „Zwüschen der martimen vnd jrem sun an einem, vnd Anny Lenner von Zoffingen, als sy von ein kintz vnd kintbette wegen stös gehept ist von beden rätten bekent dz Hans marty Anny Lenner jre kintbette geben vnd abtragen sol“ [26]). Das Stadtrecht von 1588 § 12 verurteilt den Vater zu 10 Gulden, wenn er ledig war, ein Ehemann musste der Mutter des ausserehelichen Kindes ein Paar Schuhe geben [27]).

Was die Frage anbelangt, wann das Kind dem Vater übergeben werde, so unterscheidet das Amtsrecht von Willisau „Wann ein lediger gsell einer ledigen Mäzen ein kind macht,..... vnd besonders das die mutter das kind das erst halb Jar heige, diewyl es seugt, dann soll der vatter Jra das kind abnen vnd versorgen, er mög dann wyter mit Jren vberkon“ und „Wenn ein Eman einer ledigen Mäzen ein kind macht“, dann muss die Mutter das Kind „sechs wuchen vshan. Vnd sturb das kind innert der sechs wuchen, allsdann sol die belonung beschechen nach billikeit“. Im Municipale wird bestimmt: „si aber demnach schuldig seyn, das kind ein halb Jahr lang zu säugen und zu erhalten ohne deß Vatters kosten und Entgeltnuß [28]). Nach Verfluss des halben Jahres wird das Kind dem Vater übergeben, der nun für dessen Erziehung zu sorgen hatte, obwohl er ursprünglich rechtlich gar nicht mit dem Kinde verwandt war [29]). Wie früher schon

---

[25]) Amtsrecht von Willisau 1489, Zsch. f. Schwz. Recht V a. F. 102.

[26]) RB V a 430 1476 (gekürzt). — Vergl. SR 120, Anm. 24. — RB XXXII 90 b 1573: „Zwüschen Margret gerwerin 1, Sodanne Benedict Herfert Jst erkennt, das Benedict Herfert die margret gerwerin fürhin versorgen solle das sy Jr narung habe, bis das sy deß kinds genißt.“ — RB XXXII 337 1559: „Zwüschen Waltpurg sattler eins sodanne Willis sun ist erkenndt das der willy jro allwuchen y batzen geben sölle. Sodanne die frow des kindt geniest vnd sy es im nach dem bruch vnd stattrecht gibt allsdann sells er nemen vnd jro die kindtbette abträgen.“ — Vergl. ZGB 317. — Vergl. Denzler 227 ff.

[27]) Aehnlich M VIII § 3: „Bezücht auch eine solche Geschwächte Tochter jhr Klag und Ansprach gegen einem Manns-Bild innert obbestimbter Zeit, oder daß sie jhme gichtig macht, so soll derselbis ihro, wann er ledig und unverheurathet ist, zehen Guldin Müntz unser Statt-Währung, ist er aber ein Ehe-Mann ein paar Schuoch, und nit weitheres bezahlen, doch soll der Ehe-Mann unser Statt nichts desto minder die gewohnliche Buoß des Ehe-Bruchs bezahlen.“

[28]) M IX § 2. — BGB § 99: Die Mutter soll ein dem Vater zugesprochenes Kind von der Geburt an ein Jahr auf ihre Kosten erhalten und besorgen.

[29]) Vergl. Fehr, Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern 271. — Ges. von 1865 § 9: Der Vater eines unehelichen Kindes ist gehalten, der Mutter von der Geburt des Kindes an einen in halb-

bemerkt, war es auch möglich, dass mehrere verpflichtet werden, an die Kosten gemeinsam zu leisten und eventuell das Kind zu erhalten: „Zwüschen Martin Sitz vnd Wolfgang Spiller eins, Sodanne vli Jmbach vnd else siner vogt Tochter andertheyls ist erkennt, das sy beid das kind neme vnd erziechen söllent, ouch elsin ein zimliches kosten an d kindtbetti gen, so dann sy die Jnbindett han, sel sy Jnen die geben“ [30]).

Konnte der Schwängerer nicht ermittelt werden oder wurde das Kind aus irgend einem Grunde der Mutter zuerkannt, dann musste sie allein für dasselbe aufkommen. Auch sonst war die Mutter an der Erziehung und am Unterhalt des Kindes beteiligt. Sie musste sowohl das Kind die erste Zeit auf ihre eigenen Kosten erhalten [31]), sodann war sie häufig verpflichtet, das Kind „helffen ziechen“. Hingegen bekam sie auch eine gewisse Unterstützung, wie schon gesagt, vom Vater. Das Amtsrecht von Willisau bestimmt für den Fall, „Wenn ein Eman einer ledigen Mäzen ein kind macht, da sol dann der vater der Mäzen fünf pfund für die kindpetti heimschicken vnd geben“, sonst heisst es: „Ist gesezt, das derselbig Jre die kindpetti sol abtragen vnd vsrichten“. Dieser Kostenersatz scheint oft Anlass zu Streit gegeben zu haben, daher wird im Municipale eine Regelung vorgesehen: „Damit aber von der Kindtbetthe und deß Einbundts wegen, wie etwann öffter beschehen destoweniger Spaans erwachse, ist gesetzt, daß einer solchen Kindtbetterin vorab die Einbindeten oder Thauff-Gaab bleiben, und von deß Kindtts Vatter wie obgemeldet, noch für die Kindtbette die zehen Guldin bezahlt werden“ [32]). Die Taufgeschenke gehörten also in allen Fällen der Mutter. Auch ein Genugtuungsanspruch konnte der Mutter bewilligt werden, wie ein Ratsentscheid aus dem Jahre 1537 zeigt: „...soll der vff der mur Jro das kind abnämen. Die kindbetty abtragen,ouch Jro für den blumen vnd schmach xx Gulden vsrichte“ [33]). Unter Umständen musste der Schwängerer auch für den Lohn-

jährigen Raten vorauszubezahlenden jährlichen Beitrag an die Verpflegung und Erziehung des Kindes zu leisten. Fällt die Verpflegung der Heimathgemeinde der Mutter zur Last, so hat diese den gleichen Anspruch auf einen jährlichen Beitrag. — § 10: Bei der Bestimmung des Beitrages hat das Gericht auf das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Vaters Rücksicht zu nehmen. Der Betrag darf niemals unter sechzig Franken festgesetzt werden.

[30]) RB XVIII 96 a 1547. — Vergl. § 7, Anm. 4. — RB XIV 127 1535, LVI 110 b 1618: „...wie sy beid selbsten bekanntlich, mit dem meitlin vergriffen, wie fürbrocht, derhalben sy beid dz kind mit einandern nemen vnd erhallten...“

[31]) Vergl. Anm. 28, SR 120. — RB LXIX 433 b 1649: Vater muss für „kintbetti vnd Ersatz 30 Gl geben“. — RB XVIII 51 b 1446: „...vnd an jre kosten y gulden geben soll.“ XXII 230 b 1556.

[32]) M IX § 4. — Vergl. Anm. 26 RB Va 430 1476.

[33]) RB XIV 332 1537, vergl. ZGB 318.

verlust, den die Mutter durch die Geburt des Kindes erlitt, aufkommen [34]).

Es ist anzunehmen, dass schon in der ersten Zeit Vater und Mutter wechselseitig für den Unterhalt des Kindes hafteten. War ein Teil nicht in der Lage, der ihm zukommenden Pflicht zu genügen, so wurde zunächst der andere Teil dazu angehalten [35]). Schon früh suchte man die Forderungen sicher zu stellen, entweder durch Bürgen [36]) oder auf irgend eine andere den Umständen angepasste Art [37]).

Die Verwandten hafteten, wenn die Eltern des ausserehelichen Kindes unfähig waren, für dasselbe aufzukommen: „Zwüschen Margret holtzhüsler eins, Sodann dem Meyger anders, Jst erkennt, das Jost Heydenrych soll bschickt werden, vnd Jm angezeigt wyl er der nechst fründ ist, das er margreten holtzhüsler das kind abneme vnd Jn der kindtbetti d handt biete“ [38]). Beim Tode des Vaters mussten auch die Verwandten für das Kind aufkommen,

[34]) RB XXXII 97 a 1573: „...ist erkennt, das Hans Peter der verena (Widmer) die kindtbetti vßrichte vnd den gulden, den sy amn dienst versumpt vnd den gulden der er vß dem kasten genomen, derglychen für den blumen x Gulden vßrichten vnd erhalten vnd das kind nämen vnd versorgen sölle.“ — Vergl. ZGB 317 Ziffer 3.

[35]) Verordnung im Grossratsprotokoll I 1769: „...im fahl einer, der ein ohneheliches kind zur welt befördert, außer Stands wäre das selbige zu übernehmen, zu ernähren vnd zu verpflegen, die mutter, sofern sie vil oder weniger zeitliche Mittel besitztet oder zu erwarten hätte etc.“ — BGB § 101: Ist der Vater des unehelichen Kindes, dem dasselbe zuerkannt wurde, unvermögend, die Mutter des Kindes aber besitzt Vermögen, so ist diese zur Verpflegung und Erziehung desselben gehalten. — Aehnlich im Ges. von 1891, 3. Christmonat.

[36]) RB V B 55 1444: „Item als vli gerung von Swytz Henslin pfister selichen, der an der Litzi Jn vnsern nöten verloren hat, geerbt hett, derselb Henslin pfister ein unelich kind hinder im gelaßen hett, also hett derselb vli gerung vertröst mit Henslin Halter, dz er das kind sol getrüwlich ziechen mit eßen etc.“ Vergl. Anm. 18. — Aehnlich RB V A 431 1476.

[37]) RB LXXII 341 a 1657: „Jacob Jenner, welcher bi dem Anna Maria Schrümer (?) nebet der Ehe ein kind erzüget, sol der gefangenschafft nit losgelaßen werden, er stelle dan vmb 100 kronen für erziechung des kindts eine bürgschafft vnd erlege 40 gl buoß.“ — RB LXXVII 118 b 1679: der Rat befiehlt einem Bauer, „das er disem Sennen den lohn inbehalten solle, vnnd zue disem kind angewendet werde.“ — RB LVI 277 a 1619: „...vnd söllent hiemit die geschworenen alls des herren haab vnd gudt inn verhafft legen.“ — BGB § 98: Für diese Ansprüche kann, bis dieselben gesichert sind, das im Lande liegende Vermögen des Fremden mit Arrest belegt werden.

[38]) RB XXVI 136 a 1562. — RB VII 110 1490: „...vnd ob sy dz mit irem eyde dem Schultheißen gibt, so sol dann er oder die sinen dz kind nemen vnd züchen an der frouwen costen.“ — RB LXXXVIII 26 b 1707: der ausgemittelte Vater ist flüchtig, daher sollen die Kinder dem väterlichen Grossvater zur Erhaltung übergeben werden, „der zuogleich in des Sohns Namen die prozeßkosten bezahlen, welche sambt der erhaltung der Kinder dem Marti sinem sohn an sinem Erbe abgezogen werden sollen“.

denn die Vaterschaft erzeugt eine schuldrechtliche Bindung, für die auch die Erben einstehen müssen [39]).

In letzter Linie steht der Gemeinde, bezw. der Obrigkeit die Pflicht zu, uneheliche Kinder, deren Eltern unvermögend oder gestorben sind, zu erhalten. Der Grund hat in älterer Zeit darin bestanden, dass, weil die Obrigkeit die Unehelichen, die ohne eheliche Nachkommen sterben, beerbt, sie auch verpflichtet ist, für dieselben zu sorgen. So zeigte 1545 „ein gutt meytly jm frowenhuß" dem Rat an, dass sie schwanger sei, „aber nit wüße by wem, badt deshalb min g. h. sy wellten ir das abnemen, diewil das zeerzüchen Jre witter nit muglich" [40]). Auch dem Amt konnten die Kinder zur Versorgung übergeben werden [41]). Zu Beginn des 17. Jahrhunderts wurden die unehelichen Kinder häufig dem Spital in Luzern zur Erziehung überwiesen: „Vff dz Ludwig Geiliger v. g. h. burger zue hochdorff bey Einem Menschen Ein vnEheliches Kindt erzüchet, vnnd selbiges aber zue vnderhalten so wohl er, als seine verwanten sich weigern, vnnd selbes dem großen Spithal zue schikhen wollen, habent v. g. h. erkkennt, dz selbiges von dem Spithal nit angenommen, sondern Jhme Geiliger, oder seinen nechsten verwanten also bald widerum zue geschickt werden solle" [42]). In jüngerer Zeit hängt die Unterhaltspflicht der Obrigkeit zusammen mit der Ausbildung der Gemeinden. Die Armengesetzgebung beschäftigt sich damit [43]).

Für den Unterhalt der Priesterkinder wollte niemand aufkommen. Ihre Lage scheint hier, im Gegensatz zum Erbrecht, wo sie den Ehelichen fast gleichgestellt wurden, eine recht ungünstige gewesen zu sein [44]). Wurde einem Geistlichen das Kind zugesprochen, so hatte er es zu erhalten [45]). Wer aber nach dem

---

[39]) Vergl. den schon zitierten Entscheid V B 385 b 1482, Segesser II 472. — RB XIV 127 1535: „...das er das herzig knebli, so sins sons seligen ist näme vnd dasselb erzüche."

[40]) RB XVII 253 b 1547. — Vergl. Denzler 228 f (viele Entscheide).

[41]) RB LXX 418 a 1652: dem Amt Rotenburg. — RB LXIX 40 b 1647: dem Amt Ebikon. — RB IIC 110 b 1735: Die Mutter hat das Kind zum Fenster hinausgeworfen, daher soll das Amt Weggis das Kind erziehen. — RB CVII 303 1758: „...wer die von denen mittellosen landleuthen des landts Entlebuoch erzeugte unehel. Kinder übernemen und erhalten müßte, ob nemlich der kildgang, wo der vatter säßhaft, haben v. g. H. und obern erkennet, daß solliche kinder dem ganzen Landt insgesambt heimfallen sollen." Auf Seite 330 wird diese Verordnung bestätigt.

[42]) RB LXXXII 555 1692. — RB LI 1609: „....Jst erkennt, dz m. H. Spitalherr einmal den knaben in Spitall nemen vnd bis er erwachsen derin behalten..." — RB LXXII 285 a 1657.

[43]) Weber 82 f, BGB § 98, vergl. Anm. 37.

[44]) Segesser II 735 f.

[45]) RB XII 233 a 1525: „Zwüschen dem Herren Troger von emen vnd deß Sigristen tochter von emen, vff verhörung klag vnd antwurt ist erkennt, dewil die tochter dem Herren von Emen das kind by dem Eid nach vnser Statt vnd Landsbruch geben hatt, Sol der Herr das Kind für sin kind

Tode des Vaters für das Kind zu sorgen hatte, das hing vom Erbrecht ab [46]). Später wurden die Priesterkinder gewöhnlich im Spital aufgezogen. Der Vater zahlte für den Unterhalt eine Entschädigung [47]).

---

§ 8.

DIE OEFFENTLICH-RECHTLICHEN WIRKUNGEN DER UNEHELICHEN GEBURT

Allgemeines - Ehe und Ehre - Bürgerrecht - Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unehelichen und Obrigkeit - Die Folgen der unehelichen Geburt im öffentlichen Recht - Zünfte - Zusammenfassung.

Die Stellung der Unehelichen im Privatrecht war schliesslich nicht eine aussergewöhnlich schlechte. Wohl schmälerte der Gesetzgeber ihre Lage im Familienrecht und in dem mit ihm zusammenhängenden Erbrecht. Sonst aber schweigt er. Daraus ist zu entnehmen, dass die Bastarden im Privatrecht, abgesehen von diesen Ausnahmen, wie andere eheliche Personen behandelt und angesehen wurden. Im öffentlichen Leben hat sich die uneheliche Geburt tatsächlich und rechtlich anders ausgewirkt. Hier bewirkte der Makel der Geburt, dass diese Menschen in eine tiefere Rechts- und Lebensstellung gedrängt wurden [1]). „Eine teilweise Aechtung aus der Gesellschaft begleitete wohl, ausserordentliche Protektionen ausgenommen, das uneheliche Kind von der Wiege bis ins Grab“ [2]). Erst die Helvetik, mit ihren grund-

---

ziechen, vnd für die kindbetti, blumen vnd costen, sol der Herr der tochter x y Gl an müntz vßrichten vnd geben.“ — RB LVI 277 a 1619, XXXI 16 b.

[46]) RB XXVI 402 a 1567, vergl. Denzler 229.

[47]) RB LI 121 a 1766.

[1]) RB XXXVII 439 b 1581: „...damit aber er sinem handwärch desto bar nachzüche vnd er vß sines vatters selige ledige geburt wegen nit Jnn verdacht khommen, Alls ob er villicht ouch lediger geburt wäre, Bätte er m. g. H., sy Jmme Mannrecht vnd ein schyn Eelicher geburt gnediglich mittheilen wolltent, Allso habent m. g. H. Jme gewillfaret.“ — RB LXXXIII 126 1693: „Den Balz Holzmann haben v. g. H. vs großer gnad vnelicher geburth halb redlich gemacht.“ — RB LXXXVIII 301 b 1709: „Als Hans Georg Peter von Wykhon, so unehelicher Geburth, umb sich sampt weib und kindt destobeßer durchzubringen in aller Underthänigkeit angehalten, v. g. H. ihme legitimieren wollten...“

[2]) Weber 15. — Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 434: „Diesere unehelich gebohrne Kinder aber bliben nicht alle in solchem mit einer Verachtung und Schandflecken begleiteten Stand.“

legenden politischen Umwandlungen, hob auch die Rechtsnachteile auf, welche die uneheliche Geburt im öffentlichen Recht nach sich zog, indem sie alle Bürger vor dem Gesetze gleichstellte [3]). In diesem Sinne bestimmte denn auch später das BGB, dass dem Stande eines unehelichen Kindes gar kein Schandfleck anhängt. Dasselbe geniesst alle bürgerlichen und politischen Rechte, die jedem andern Bürger zukommen [4]).

Ehe und Ehre waren im alten Recht verwandte Begriffe. Die Ehre äussert sich vorzüglich in dem öffentlichen Leben. Zunächst ist Ehre kein Rechtsbegriff, sondern ein Begriff der sozialen Sitte [5]), der aber Reflexwirkungen auf das Recht ausübt. Wer in der Gesellschaft nicht für vollwertig gilt, der wird auch unter Umständen vor dem Gesetz nicht für voll genommen [6]). Ehre im objektiven Sinne ist die soziale Geltung einer Person, die Achtung, die ein Mensch vor dem andern beanspruchen kann. Im Recht kommt dies zum Ausdruck in den Fällen, wo die Persönlichkeit als solche für das Rechtsleben eine Rolle spielt. Die Unehre äussert sich darin, dass eine Person nicht vollkommen an ihrem Rechte ist. Es werden ihr gewisse Rechte abgesprochen auf Grund des Makels, der an ihr haftet. Die uneheliche Geburt bewirkte aber eine Schmälerung oder den Verlust der Ehre. Dies war gleichbedeutend mit Minderung, bezw. Entziehung der Rechtsfähigkeit. Ursprünglich zeitigte die Geburt ausserhalb der Ehe nicht diese Folgen. Neben der Ehe gewährte das germanische Altertum auch andern Geschlechtsverbindungen rechtliche Anerkennung [7]). Wann die rechtliche Sonderstellung der Unehelichen beginnt, ist schwer festzustellen. Die Bezeichnung „uneheliches Kind" deutet aber darauf hin, dass der Begriff der unehelichen Kinder erst mit der monogamischen Ehe erscheint [8]). Noch zur Zeit der Karolinger wurden den in unechter Ehe erzeugten Königssöhnen ein subsidiäres Thronfolgerecht zuerkannt [9]). Unter dem Einfluss der Kirche verschlechterte sich jedoch die Stellung der

[3]) Nur sind sie noch unfähig ab intestato zu erben, vergl. § 8 des später zit. Gesetzes vom 29. Christmonat 1798.

[4]) BGB § 103. Eine Ausnahme besteht für den unehelichen Sohn eines Korporationsbürgers, der nicht Anteilhaber und Nutzniesser des Korporationsgutes wird.

[5]) Heusler, Institutionen 191.

[6]) Vergl. z. B. RB LXXXIII 126 1693, Anm. 1, und RB I 422 b 1431, Anm. 23. und Knutwiler Twingrecht 1579 betr. „erbaren mannen".

[7]) Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechtes, 593: Uneheliche Geburt bewirkte nicht geminderte Rechtsfähigkeit.

[8]) Nagorski, 2 f.

[9]) Schroeder, Rechtsgeschichte 113. In der Merowingerzeit standen nicht bloss Söhne königlicher Kebsfrauen, sondern auch Bastarde, wenn ihr Erzeuger sie anerkannt hatte, den ehelichen Königssöhnen gleich. — Vergl. Mar. Weber, 208.

Unehelichen, eine notwendige Folge des kirchlichen Kampfes gegen den ausserehelichen Geschlechtsverkehr [10]). Im Mittelalter galten die Unehelichen als rechtlos. Im Schwabenspiegel, der uns eine Aufzählung der Rechtlosen gibt, werden sie auf eine Stufe mit Dieben und Strassenräubern gestellt [11]).

Die Wirkungen der geminderten Ehre zeigen sich auch im Bürgerrecht. Das Burger- oder Genossenschaftsrecht war die Voraussetzung jeder Rechtsfähigkeit im 14. und 15. Jahrhundert [12]). Nach dem Stadtrecht von 1480 aber musste jeder, der das Bürgerrecht erwerben will, beweisen, dass er ehelich ist, wie ein Zusatz zum Artikel 187 zeigt: „Dazu sol ouch ein Jeder so vnser burger werden wil, brieff vnd sigel dannen er bürtig ist bringen, ob er eelich oder vnelich sye vnd wie er abgescheyden vnd sich gehalten hab“ [13]). Auch beim Einzug in eine Gemeinde wurde der Nachweis ehelicher Geburt verlangt. Das Stadtrecht sagt: „Ob ouch etlich frömd, wannenhar die sin möchten Jn vnser Statt zuchen vnd daselbs hushaben wölten, die söllen, vor vnd ee si sich Jn vnser Statt niderlassen, brieff vnd sigell zöigen vnd bringen, ob sy eygen, eelich oder vnelich, desglichen, wie si abgeschyden syen“ [14]). Den Unehelichen wurde also auf jeden Fall die Erwerbung des Bürgerrechtes oder sogar der Einzug in eine Gemeinde sehr erschwert, wenn nicht verunmöglicht. Diese Regelung liess sich nicht halten und so finden wir denn Ratsentscheide, in denen zugleich mit dem Loskauf der unehelichen Geburt auch das Bürgerrecht erteilt wird: „Vff hütt hannd min g. h. bed rät vnnd der groß Ratt Hannsen Kryenbül von wiggwyl Ruthmanns krienbülls lidigen sune vs meyenberger ampt vmb 5 Gulden Jn müntz zu Jrem Burger vff vnnd angenommen. Er hat ouch vff hüt dato ein besigelter brieff Jngelegt des Jnhalts, das er Hans kryenbül sich syner vneelichen geburt halber vmb zween Gulden abkoufft vnd gefryet hat“ [15]). Die Priesterkinder waren in dieser Hinsicht schlechter gestellt. Sie mussten, obwohl sie in der Stadt oder Landschaft geboren waren, wie Fremde um die Erlaubnis des Einzuges und um das Bürgerrecht sich bewerben, damit sie schliesslich als Hindersässen angenommen wurden [16]).

---

[10]) Hübner 594: Wie der kirchliche horror sanguinis schliesslich zur Unehrlichkeit des Henkers führte, so bewirkte der horror adulterii, dass die Rechtsfähigkeit der Unehelichen geschmälert wurde.

[11]) Schwsp. XXXVIII. — Ssp. 1, 38, I. — Vergl. § 2, Anm. 4.

[12]) Segesser II 430 f. — Vergl. Rennefahrt, Die Allmend im Berner Jura 121 f. Der Uneheliche war ursprünglich in keiner Gemeinde Bürger.

[13]) Zusatz wahrscheinlich vom Chronisten Feer.

[14]) SR 187 b.

[15]) RB XVI 278 a 1544 (gekürzt), ähnl. LXIII 251 b 1623.

[16]) RB XLVIII 241 b 1603: „Vff hütt hand MGH Jr vor ettwas Jaren gethanes ansächen vß fürgefallener gelegenheit der Priesterkinder halb Jres Burgerrechtens vnd Ynsizes wegen widerumb ernüwret, dergestalt

Wurde den Unehelichen Niederlassung und Aufenthalt bewilligt, so entwickelte sich, vor allem in älterer Zeit, ein enges Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihnen und der Obrigkeit, das seine rechtlichen Wirkungen auch darin zeigte, dass die Obrigkeit die Unehelichen beerbte [17]). Vielfach wurden sie Leibeigene des Herrn. So bestimmt das Weistum von Willisau aus dem Jahre 1408, dass die Freundschaftskinder eigene Leute des Landgrafen im Aargau werden: „Ouch ist ze wüßende, was fruntschaftkinden in der vog. graufschaft geboren werden und dar inne seszhaft sind, die gehörent ouch dem fryen ampte zu“ [18]). Die Unfreien besassen aber eine beschränkte Rechtsfähigkeit zu allen Zeiten. Uebrigens beseitigte man um diese Zeit die ganze Klasse der Unfreien [19]).

Der Erwerb des Bürgerrechtes verschaffte dem Unehelichen aber nicht die Gleichberechtigung. Er war nicht im Genuss der vollen bürgerlichen Ehre. Daher ist er auch nicht fähig, vor der Gemeinde und vor Gericht aufzutreten. Ein Ratsentscheid von 1428 bestätigt das Herkommen, dass die Unehelichen vom Rat und den Hundert ausgeschlossen sind: „Wir sint vberein kome das wir bestenklich halten wellent, das man kein vnelicher weder an ratt noch an die Hundert setzen wellen, want wir dz ouch ie dahar gehalten hand vnd buß freyheit vnd vffsatze ist“ [20]). Dieser Entscheid wurde ins Stadtrecht aufgenommen und erweitert, indem man die Unehelichen auch noch von den Pfründen ausschloss: „Wir sezent ouch als denn von Alter har kumen vnd hinfür vnser statt recht sin vnd also gehalten werden sol, dz wir vnd vnser nachkomen hinfür dehein vnelichen weder an kleinen, noch an grossen rat nit setzen, dan es ie dahar vnser Statt friheit vnd vffsaz ist, desglich sol man hinfür kein Vnelichen

---

das obschon sy hinder MGH Jn Statt oder Landschafft erboren. Darumb des Burgerrechtes oder ynsizes nitt fähig sin, Sonder wo solche sich Jn hußhaltung begeben wöllent vnd hir wonen, sollent sy sich ebenmäßig wie die frömbde des ynsizes halb für MGH die Rät stellen vnd da es dann Jres gfalle sy zuo hindersäßen anzunemen, mit was vorbhalt oder gstalt soll es zu MGH stan vnd sy sich daß settigs vnd dem geleben wie andre ynzügling, da sy des Burgerrechtens begertend, sich zu den Jarstagen bewerben fürgelaßen zewerden für Rät vnd Hundert vnd erwarten was gnaden sy erlangen mögen, Sonst wie der geschworne Brieff wyset, das kein Priester Jn vnser Statt burger sin oder alls ein Burger geachtet werden sölle Er sye dann eins burger son vnd Jn der Statt oder stattkind erboren. Darby laße man es nochmalen blyben.“

[17]) Vergl. § 6, Anm. 20.

[18]) Grimm, Weistümer IV 389, Fehr. Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, 265. — Anderer Meinung ist Th. v. Liebenau. Geschichtsfreund LVIII 22: Auch Uneheliche — früntschaftskinder freier Leute — gehörten zu den Freien.

[19]) Segesser II 431, Geschichtsfreund LVII 23. Aufhebung der Unfreiheit durch die Mandate des Rats im Jahre 1481.

[20]) RB IV 138 a 1428, vergl. Segesser II 435, 473.

me vf kein pfrund nemen, weder gen münster, noch an andre vnd ouch Jnen dehein wart geben, als aber vornacher beschechen ist“ [21]). Im gleichen Geist erklärt das Landrecht von Entlebuch aus dem Jahre 1491: „Von den vnelichen wegen an die funfzechen vnd vierzig ze setzten. Wir setzen zu vnserm lantrecht, das wir hiefür dehein vnelichen weder an die XV oder an die viertzig nit me setzen söllen vnd wöllen“ [22]). Der Uneheliche bleibt damit unfähig zur Bekleidung öffentlicher Aemter und Stellen. Er verliert aber auch die Fähigkeit, Richter zu sein und Urteil zu finden. Uebereinstimmend mit der damaligen Auffassung bestimmt das Krienser Amtsrecht vom Jahre 1556 in Artikel 29: „Wir vnd vnser ewig nachkomen sölend vnd wölend ouch jez noch ewig hernach keinen ledigen oder vnelichen weder zu vndervögten noch weiblen das gricht noch derglichen emptern darnach setzen in keinem wäg“. Dieser Ausschluss von allen rechtfindenden und rechtsprechenden Stellen hatte natürlicherweise auch dann einen starken Einfluss, wenn die Unehelichen rechtsheischend auftraten. Der Uneheliche konnte auch nicht Fürsprecher sein, wie das Knutwiler Amts- und Twingrecht vom Jahre 1579 zeigt: „Das Gericht zu Knutwyl soll besetzt werden mit zwölf erbaren mannen, namlich der Ammann, der ist ein, der weibel der ander und die vier, und dann sechs uss der Gmeind darzu söllent, wie auch der ammann und weibel, wie bissher gebrüchlich gsin, erwöllt und gesetzt werden. Da soll man denn von den zechnen usszüchen vier fürsprechen und zwen die das fürsprechen gelt inziechent etc.“ [23]).

Einen Einblick in die Lage der Unehelichen verschafft uns ein Ratsentscheid aus dem Jahre 1680. Ihnen wird hier die Berechtigung bestritten, das Familienwappen zu führen: „Nach vollendter action hatt Herr Venner Göldli vorgebracht, vnd sonderlich wegen dem wape, so die Herren Göldli füehren, in demn Er gantz und gar nit Zue lassen könne das disere Göldli alls wie Meister Christoph ist, Jhrens adeliche wappen füehren könne, in demn vnder Ehlichen vnd Vnehlichen ein Vnderschied seyn, vnd die Vrkunden bewisen, dass Meister Göldli von Vnehlicher geburt herkomme, können vnd sollen hiermit Meister Göldli nit das wäppli wie hiesige Herren Herren Göldli haben, haben, vnd das strüsli (?) völligklich entmüsigen in demn Jhne vnd den seinigen solches als ein adeliches Zeichen nit, weilen sie von vnehlicher gebuhrt harkomen nit gebühren, vmb dessentwegen wie obvermelt

[21]) SR Art. 30. — Segesser II 435.
[22]) Entlibucher Landrecht 1491, Art. 31.
[23]) Amts- und Twingrecht von Knutwil 1579, Art. 1. — Vergl. RB I 422 b 1431: „Daruff hant sich Ret vnd Hundert erkennt, das man von einer gemeinde ordene vier erber man, die jedermanns red tügent vmb ein bescheiden lon.“

zwischen Ehlichen vnd Vnehlichen geburt ein vnderschied Jnhalts syn“; [24]).

Besser als in Deutschland waren die Unehelichen in Luzern bezüglich der Zunftfähigkeit gestellt. In Deutschland nahmen die Zünfte gegenüber den Bastarden eine ablehnende Haltung ein. Uneheliche und Eheliche unehelicher Eltern waren von den Zünften ausgeschlossen [25]). Damit waren sie ausserstande, ein Handwerk oder ein Gewerbe selbständig auszuüben. In Luzern hatten aber die Zünfte und die Gesellschaften der Burger und Handwerker geringe Bedeutung. Sie verfolgten nur gewerbliche und gesellschaftliche, zum Teil auch militärische Zwecke. Jede politische Betätigung war ihnen strenge untersagt. Auf das Recht übten sie nur einen geringen Einfluss aus [26]). Daher bildeten die Zünfte auch nicht das einheitliche Ganze wie an andern Orten. Dem Unehelichen stand die Befähigung zum Gewerbebetrieb zu, da eine Aufnahme in die Gesellschaften der Handwerker möglich war [27]). So bestimmt das Rechtsamen-Buch der Schneider-Gesellschaft im Jahre 1467: „dass deheinen vnder Stuben gesellen, von Todes wegen abgäth, hätth der Kind hinder Jmn, es seygen Knaben oder Töchteren, Elich old vnElich, die dann von Rächt oldt von gemächts wegen seines verlassenen guothts vnd seine Erben sindt, dass auch dieselben Kinder dann Jhren Vatter an seinem stubenrächt vnd seinen schilt vnser gsellschafft Erben sollendt vndt mögendt etc.“ [28]). Vom geistlichen Stande waren die Unehelichen nicht durchwegs ausgeschlossen, wie ein Ratsentscheid von 1425 zeigt: „Jtem als die von Husen in vnser Statt abgestorben ist, die zwen vnelich sün hinder ir gelassen hat, namlich den lüpriester von Triengen vnd henslin wessenberg

---

[24]) RB LXXVIII 245 a 1680. — In Deutschland findet sich häufig der Schrägbalken auf den Wappen der Unehelichen, ohne dass dies aber ein allgemein gültiges Zeichen zur Unterscheidung von echter Geburt darstellt, Nagorski 16.

[25]) Vergl. zu diesen Ausführungen Hübner 98.

[26]) Segesser II 184, 408, Kas. Pfyffer Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern I 151 f.

[27]) Anderer Meinung Kas. Pfyffer. Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuches I 131: Ehemals waren die unehelichen Kinder wegen dem ihnen anhängenden Schandflecke der Geburt, von allen Ehrenstellen, Zünften, Gilden und geistlichen Orden ausgeschlossen.

[28]) Rechtsamen Buch der Schneider-Gesellschaft, Der Ander Brieff 1467. Anträffend wie ein Sohn oder Tochter, Ehliche vnd vnEhliche, wie auch Tochtermänner auf Jhre Schwäher-, vnd Kindskinder auf Jhre Großväter Jhre Schilt Erben vnd die Gesellschaft bekommen vndt Erben könnendt. Vergl. Blaser Rob., Die Gesellschaft zur Schneidern. — Haas-Zumbühl. Geschichte der Gesellschaft zur Saffran in Luzern, Geschichtsfreund LXIV 150, Statuten von 1502, Art. 11: Es ist im Belieben der versammelten Gesellschafter, auch uneheliche Söhne, wenn keine ehel. Erben vorhanden wären, aufzunehmen. — In Zürich z. B. waren die Unehelichen ausgeschlossen, Escher 61.

sinen bruder etc.“ [29]). Versagt war ihnen, wie das Stadtrecht bestimmt, auf Pfründe zu gelangen [30]).

Wenn wir die öffentlich-rechtliche Stellung des Unehelichen überblicken, so sehen wir, dass er tiefer im Rechte steht als der Eheliche. Vollkommen rechtlos war er nicht. Vor allem wurde seine körperliche Integrität geschützt wie die einer andern Person [31]). Aber er besass nicht die volle bürgerliche Ehre, die zur Bekleidung der Aemter notwendig war. Ihm haftete ein Makel an wegen seiner Geburt. Die Wirkungen dieses Makels können wir mit denen der römisch-rechtlichen Infamie vergleichen. Bei den Römern galt als vollwertig, wer das ius suffragii und das ius honorum besass, wer in der Volksversammlung sprechen durfte und öffentliche Aemter bekleiden konnte. Bei uns offenbarte sich die Achtung der Mitbürger darin, dass man in den Rat, in das Gericht, als Vogt usw. gewählt wird. Infamie hatte bei den Römern den Verlust des ius suffragii und des ius honorum, eine Einschränkung im ius connubü und ius postulandi zur Folge, der Infame konnte auch nicht alieno nomine agere. Die gleichen Wirkungen konstatieren wir in Luzern bei dem Unehelichen. Er ist unfähig sowohl in den Rat als an die Hundert gewählt zu werden. Wenn er heiraten will, muss er regelmässig, wenigstens später, eine Erlaubnis dazu erhalten. Fürsprecher zu sein, ist ihm untersagt.

Wenn auch die Angaben nicht sehr zahlreich sind, die uns die öffentlich-rechtliche Stellung der Unehelichen schildern, so zeigen die angeführten Rechtsquellen die arge Zurücksetzung in der Rechtsordnung, die ihnen widerfuhr. Erst die Helvetik, die neben vielen Missgriffen und halb durchgeführten Projekten, manchem grossen Gedanken zum Durchbruch verhalf, hat hier mit einem Schlag den Härten eines jahrhundertelangen Unrechts ein Ende bereitet. Die gesetzgebenden Räte verordnen im Jahre 1798 „Im Namen der einen unteilbaren helvetischen Republik“ in Luzern ein Gesetz, „in Erwägung dass in dem Augenblicke der allgemeinen Wiedergeburt der bürgerlichen Rechte es wichtig sey, besonders jene ganze Klasse von Menschen zu unterstützen, welche durch ihre ausserehelichе Geburt aus blindem Aberglauben, oder barbarischem Vorurteil zur bürgerlichen Nichtigkeit, zur Dürftigkeit und Verachtung verurteilt schienen, in Erwägung, dass, wenn bis jetzt die Gesetzgeber Legitimationen erteilten, dieses nur ein Hilfsmittel war, welches die alten Missbräuche notwendig machten, das aber in der neuen Ordnung der Dinge unerträglich wird, in welcher alle ausschliesslichen Rechte gehässig sind, und wo alle Bürger auf einen Rang gestellt, die nemlichen

[29]) RB IV 180 1423, vergl. § 5, Anm. 4.
[30]) Vergl. Anm. 21.
[31]) Vergl. Fehr, 262 f.

Rechte geniessen sollen etc.“ [32]). Es wird bestimmt, dass den unehelichen Kindern ausnahmslos alle bürgerlichen und politischen Rechte, wie jedem andern Bürger, zukommen, und dass sie ohne besondere Erlaubnis sich verheiraten können und testieren dürfen[33]) Man ging zwar in der Helvetik im ersten Eifer, mit dem der Gedanke der Gleichstellung aller Bürger verfochten wurde, zu weit, indem man jeden Unterschied in den Wirkungen der ehelichen und ausserehelichen Geburt beseitigen wollte. Auch ein moderner Staat hat seine festeste Stütze in der Familie. Diese würde aber durch die rechtliche Anerkennung der freien Liebe in ihren Grundfesten erschüttert. Hingegen haben alle spätern Gesetze, gemäss der Auffassung der Helvetik, betont, dass den Unehelichen alle bürgerlichen und politischen Rechte zukommen und ihnen kein Schandfleck anhafte [34]).

---

§ 9.

STRAFRECHT

Unzuchtsvergehen - Ehebruch - Der Einfluss der Karolina - Bigamie - Blutschande - Abtreibung - Kindsmord.

Der Geschworne Brief vom Jahre 1252 und die übrigen ältern Strafrechtsquellen [1]) erwähnen nirgends den ausserehelichen Beischlaf oder den Ehebruch als Vergehen. Erst im Geschwornen Brief von 1489 findet sich eine Bestimmung über den Ehebruch. Es wird derjenige, der seine Frau im Ehebruch antrifft und dabei sie oder den Ehebrecher tötet, für straflos erklärt [2]). Auch das

[32]) Regierungsrats-Verordnungen des Kantons Luzern, Gesetz vom 29. Christmonat 1798, vergl. die Artikel 1, 2, 3 und Anm. 3.

[33]) Art. 2, 3. — Es ist den Eltern der ausser der Ehe gebohrenen Kinder erlaubt, ihnen durch Testament, Kodizill oder durch jede andere Schenkung denjenigen Theil ihres Vermögens zu überlassen, über welchen der Testator nach den Gesetzen seines Orts zugunsten von Personen verfügen kann, die nicht seine ges. Nachkommen sind. Art. 5.

[34]) Ges. von 1798, Art. 1,2. — BGB § 103. — Ges. vom 3. Christmonat 1861, § 20. — Ges. vom 12. Herbstmonat 1865, § 15.

[1]) Vergl. Segesser II 213 f, 597 f.

[2]) Geschw. Brief von 1489, Art. 8: „Vindet ouch ein burger einen, Er sye Burger oder gast by sinem elichen gemachel, vnd Jnn an sinen schanden vnd lastern ergrift, ob er danne den selben oder das wib daselbs vom leben zum tode bringet vnd liblos dut oder was er Jnen zufüget, darumb sol er nit geuecht werden, noch dhein gerichte verschuldet han, Ob aber derselb, den einer also by sinem elichen wibe vindet, den elichen man

Stadtrecht von 1480 behandelt diese Vergehen nicht, abgesehen von Artikel 177, der die Ueberschrift trägt: „Wer dem andern die sinen verkuplet, wz darumb recht ist“ [3]).

Wenn unverheiratete Personen „in süntlichen sachen mit einandren ze schaffen gehebt“, so hatte das ursprünglich keine strafrechtlichen Folgen. Das zeigt sich auch schon darin, dass in Luzern ein öffentliches Frauenhaus geduldet wurde, das mehrfach in den Ratsbüchern erwähnt wird [4]). Die Klage „vmb den megten vnd blumen“ nach Stadtrecht hatte nur zivilrechtliche Bedeutung für den Beklagten [5]). Qualifizierte Unzuchtsvergehen, z. B. Unzucht an kirchlichen Festtagen, wurden aber schon um diese Zeit strenge bestraft. So wurden, nach einem Entscheid aus dem Jahre 1418, vier Personen, die sich am hohen Donnerstag, bezw. an Ostern vergangen hatten, auf einem Karren durch die Stadt geführt. Der Weibel musste ihr Vergehen kund tun. Nachher wurden sie aus der Stadt verbannt [6]). Schon früh war es üblich, unzüchtige Weiber, um die Stadt vor ihnen zu bewahren, zu verbannen: „Bed rätt hand sich bekennt dz des herren von Kriens junpfrow so bald vnd sy vß der kindbette kumpt vier mil wegs von vnser statt schweren soll vnd nit meher hare jn ze komen one beder rätt en erlauben“ [7]).

---

vom leben zum tode bringet, ab dem sol vnd wil man richten als ab einem mörder.“ Segesser II 664 f, Kas. Pfyffer, Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern, I 145 f.

[3]) SR 177: „Rät vnd hundert hand gesezt vnd geordnet, wer dem andern die sinen verkuplet, es syen frowen oder man, vnd das vintlich wird, der old die söllen one gnad der Statt drü pfund ze bus verfallen sin, ouch ein manot von der Statt sweren.“

[4]) Segesser II 684. Kas. Pfyffer, Geschichte der Stadt und des Kantons Luzern, I 154; Th. von Liebenau, Das Alte Luzern, 80, vergl. § 2, Anm. 3.

[5]) SR 118, vergl. § 4, Anm. 7 und § 8.

[6]) RB III 44 b 1418: „vlli aman (?) ist am osterlichen tag in der Mette im hoff in der kilche gelegen vnder einer mätzen bi siner huren der glaserin, vnd het si im sin houbt in der schos, dz hand v knaben gesen.“ — „So ist der zschuti von zug vnd der von verrenbach iungfrow bi einander gesin, am hohendonstag spät, am osterabend fruo, vnd am ostertag fruo, dz hant lüt gesen, Jn gan vß dem hus. Hant sich ret vnd hundert bekent, dz man sie alle viere soll vff karren sezen vnd dur die statt fueren, vnd am platz sont die weibel sagen, wz si tan hant, vnd ze stund sont si sweren, von der statt j mil vntz vff vns. herren widerrüffen vnd sont bichten vnd vrfecht sweren.“ — Vergl. Segesser II 685 und den dort zit. Entscheid RB IV 68 b 1424.

[7]) RB VI 77 1485. — RB V B 88 1447: „das man da die selben huren sol von der stat vnd emptern schlachen ein gantz Jar an gnad ein mil von der statt vnd dannethin vff Jr gnad.“ — Vergl. RB III 44 b 1418, Anm. 6, SR, Art. 118 § 4, Anm. 7. — RB LXXII 182 b 1656: „Barbara Hemmig welches von herren legaten Muletier geschwängert, haben M. G. H., wan es entbunden von der Statt vnd derselben kilchgang weg kendt.“ Aehnliche Entscheide: RB LXXII 245 b 1657. — Vergl. Fehr, Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, 46.

Auf den Begriff des Verbrechens übte gerade die Kirche in unserer Materie einen grossen Einfluss aus. Die Begriffe von Sünde und Vergehen wurden vielfach nicht mehr getrennt [8]).

Seit Beginn des 16. Jahrhunderts finden sich Entscheide und Bestimmungen, die zeigen, dass man anfing, den einfachen, ausserehelichen Beischlaf als bürgerliches Vergehen zu ahnden. Schon ein Entscheid aus dem Jahre 1485 lässt dies vermuten: „Als hans appenzeller ein eid geschworen hat mit grett kurmannin jn süntlichen sachen nüt ze schaffen ze haben, den selben eid hanntt bed rätt jm abgelaußen, vnd jm ein friden vff geleit, alßo ob der genant hans appenzeller mit der genantten gret kurmannin jn süntlichen sachen ze schaffen habe, vnd dz vintlich wird, so sol er den friden verfallen han vnd minen herren den abtragen vnd fünffzig lib ze buoß geben" [9]). Zu den verschiedenen Zeiten wurden die Unzuchtsvergehen verschieden bestraft. Während die Geschwächte, wie schon erwähnt, anfänglich häufig verbannt wurde, büsste man den Beklagten gewöhnlich mit zehn oder zwanzig Gulden: „Zwüschen Leodegary Wydmers Tochter an i, So danne martin Righardt an 2, Jst erkennt, das martin Righardt dem meitlin sölle den blumen vnd die kindbetty bezalen vnd mgH xx guldin ze buß geben" [10]).

Strafverschärfend wirkte der Rückfall. Aus dem Jahre 1615 findet sich ein Entscheid, in dem ein Rückfälliger bestraft wurde,

---

[8]) Segesser II 605: Einige bestimmte Verbrechen, so die Zauberei und gewisse Unzuchtsvergehen, die gerade keine Rechtsverletzungen in sich begreifen und dennoch bürgerliche Strafe nach sich zogen, sind lediglich durch den Einfluss religiöser Ideen zu bürgerlichen Verbrechen geworden.

[9]) RB VI 101 b 1485. — Das Kirchenrecht von Escholzmatt aus dem Jahre 1500 bestimmt in Artikel 10: „Aber ist recht, wo lüt mit einander werbend, die ledig, vnd daz inen kind mit einander werdend, die söllend geben ein faß mit win, das mit zweyen reiffen gebunden sy, da ein masz in gat, zu banschatz. Wo aber elüt oder ein teil elüt sind, mit einander werbend, daz inen ouch kind werdend, die söllend geben einem kilchherren ein denar vnd drü pfund zu banschatz, sy finden den beßer gnad an im." Vergl. Grimm, Weisthümer, IV 380.

[10]) RB XXXVII 345 b 1581. — RB XIV 332 1537: „...Darby sol der vff der mur Jn thurn bis morn gelegt werden vnd nit darus komen bis er minen Herren x Pfund zu straff vsgericht hat." — RB X 54 b 1510: „...also das der lütthardt 1 Pfund ze buoß geben vnd e er vß gefengknis kome." — RB XII 38 b 1530: „...desglichen diwyl herr anthoni (Scherer, Chorherr zu Münster) mit diser frowen zu schaffen gehept, darumb hand jnn min herren vmb xx gl gestraft, die soll er minen herren zalen vnd vßrichten." — RB XVI 128 b 1543: Ammann Koller wurde mit 50 Gulden gebüsst und aus der Stadt verwiesen. Aehnlich RB XVI 392 b 1545, XVI 97 a 1543. — RB LVIII 273 a 1622: „...dz er Gilgi 20 gl buoß hüt bar bezalen, fals dises nit gescheh in gfangenschafft glegt bis dz er bezahlt." — Betr. SR von 1588 vergl. Anm. 19. — Neben der Busse kamen auch andere Strafen vor, aber nur ausnahmsweise RB LXXX 582 1687: „Die Cathri geißhüslerin solle mit dem 8 thägigen Thurm abgebuoßt haben" (gekürzt). RB LXXI 178 1653: „...erkendt, das der Balz barfuoß solle gen Einsiedlen

und zwar „dz er (Gfeller) zechen Jar lang vff die Galleren sölle damnieret sin, so aber er nach solcher zit der Galleren ledig wurd, mgH Stadt vnd Land einhundert vnnd ein Jar miden bie verlierung sinnes Lebens“ [11]). Im 18. Jahrhundert traf schimpflichste Demütigung die Mutter, welche mehreren unehelichen Kindern das Leben schenkte: „Der Catharina Stalder, so abermahlen ein vnEhliches Kind zur Welt gebohren, solle disen Nachmittag Ein krantz von Stroh auf geleget, vnd sie auf diese weiß durch die statt außgetrummet werden, anbei solle sie für 12 iahr auß gantzer vnser bottmäßigkeit verwisen seyn, vnd ohne authentische attestation ihres wohlverhaltens, bei hocher Straf vnd Vngnad nit mehr zurückkommen dörfen“ [12]).

Eine Verordnung aus dem Jahre 1696 verpflichtete den Ratsrichter, dass er die Busse von denen, „so ohnElich Kinder zeugen oder gebahren fleißig inziechen solle“ [13]). Nachdem der Rat in Luzern vernommen hatte, dass man im Entlebuch keine Busse wegen ausserehelichem Beischlaf fordere, wenn sich die Angeschuldigten nachher heirateten, so „haben vgh Erkhent, das Herr Landvogt fleißig nachforschen (solle), wer sich also möchte vergriffen, vnd selbige dannen nach allgemeinem Brauch mit straf beleggen, sie mögen sich nach beschechenem fähler damethin mit Ein Anderen verEhelichen oder nit“ [14]).

Den präventiven Charakter der Strafe hebt das Municipale besonders hervor und es setzt die Busse für das Vergehen, „wann Ledigs mit Ledigem in dem Laster der Unzucht verfählt“ auf fünf Gulden fest [15]). Die Geldstrafe behauptet sich auch im 19. Jahrhundert. Nach dem Gesetz von 1825 hat die Geschwächte, wenn sie die Schwangerschaft anzeigt, acht bis sechszehn Franken

sich mit Gott vnd Maria versöhnen, das meitlin ein stund in den drüler gesperrt werden.“

[11]) RB LIV 93 a 1615. — RB LXI 60 b 1793: „Nach vernommenen Vorträgen des Amts-Weibels Leonz Bächler und Geschworenen Jakob Huober haben UGGHH und Obern erkennt, daß Nicklaus Mäder, welcher 3 uneheliche Kinder erzeugt, seine Schwester Maria Anna Mader, die 4 oder 5 dergleichen erbohren, und ihr Vatter Johannes Mader, der 2 solche zur Welt befördert, auß hochderselben Bottmäßigkeit verbannet, folglich ordentlich Signalisiert, und offenlich gerufen, auch dem Landjäger aufgetragen werden solle, auf selbe genaue Acht zu geben, und sie betrettenden Falles dem Herrn Landvogt des Orts zuzuführen.“

[12]) RB XCVIII 181 b 1738 (gekürzt), ähnl. RB CII 174 b 1746.

[13]) RB LXXXIV 16 1696, bestätigt in RB LXXV 191 1699.

[14]) RB XC 342 a 1715. — Vergl. weiter die Entscheide in RB XCVII 171 b 1735, RB XCVII 177 b 1735.

[15]) M IX § 5: „Damit aber sollich unehrbares Leben mehrers abgehalten werden und die ledige Persohnen erkennen mögent, daß es fählbar und straffwürdig seye, ist darauff die Straff gesetzt, wann Ledigs mit Ledigem in dem Laster der Unzucht verfählt und es Kundtbahr wird, ein jedes fünff Guldin zur Buoß verwürkt haben soll.“

zu erlegen oder statt der Geldbusse eine angemessene Einsperrung oder Gemeindeeingrenzung auszuhalten. Erfüllt sie aber die Formalitäten nicht, so wird die Strafe verschärft, eine drei- bis sechsfache Erhöhung tritt ein. Der Schwängerer wird mit mindestens sechs und höchstens mit hundert Franken Busse bestraft [16]).

Ursprünglich wurde auch der Ehebruch nicht als ein bürgerliches Vergehen angesehen. Der Mann aber, der seine Frau oder den Ehebrecher tötet, wenn er sie „an sinen schanden vnd lastern ergrifft", blieb aber gleichwohl, wie schon erwähnt, nach dem Geschwornen Brief von 1489 straflos. Hingegen konnten schon früh die „offnen ebrecher" mit einer Geldstrafe belegt werden [17]). Bald aber, unter dem Einfluss der Kirche, die jeden Ehebruch als strafbar erachtete, wurden alle Ehebrecher, „es sye mann oder weib", mit einer Geldstrafe belegt: „Zwüschen Anna Schruffenegger an 1, Sodanne Niclaus schwendimann 2, Jst erkennt das der Niclaus schwendimann sölle der Anna Schrouffenegger das kind abnemen vnd erzüchen, vnd diewyl er dann ein Eefriow hadt vnd die Ee gebrochen solle er mgH xx gl für den Eebruch bezalen" [18]). Das Stadtrecht von 1588 erklärt, man wolle „auch styff darob halten, namlich welche person, es sye mann oder weib, des Lasters des Ehbruchs schuldig wird, solle ohne Gnad vnd Nachlaß vnser Statt zwanzig Gulden zu Buß geben für das erste Mal" [19]). Noch in einer Verordnung von 1662 wird die Busse auf

[16]) Ges. vom 6. May 1825, §§ 9, 10. — Ges. vom 11. Wintermonat 1803, § 2: Derjenige, welcher in ledigem Stande ein uneheliches Kind erzeugt, wird für das erste Ral, wenn er unter 3000 Fr. besitzt mit 32 Fr. belegt, besitzt er über 3000 Fr., so bezahlt er 64 bis 240 Fr., heiratet er aber die Geschwächte, so bezahlt er nur die Hälfte. — Nach § 4 wird die Weibsperson mit der Hälfte der in § 2 gemeldeten Geldsummen belegt. — Polizeistrafgesetzbuch von 1836, § 136: Busse von 10—40 Franken.

[17]) Segesser II 687: Die geistl. Gerichtsbarkeit, welche bei notor. Ehebruch eintrat, wurde durch die bürgerl. Strafe von 1 Pfund für die Woche, unterstützt, RB III 59 a 1419.

[18]) RB XXXVII 282 a 1581. — RB XXXVI 368 b 1579: „Vff hüdt hand mgh den Bürgi Bechler von Ruswyl von wegen Eebruchs gestraft xv gl die sol er by diser tags zydt erlegen." — RB XXXVII 72 a 1580: x gl. — RB XXXVII 142 b 1580: „. . . .vnd sol der pfenninger Jn Thurn gelegt werden, vnd mgh xx gl zu buoß geben von wegen des Eebruchs." — RB LI 40 a 1609: „. . . .vnd wyll dann Bartlin Crut eebrüchig worden, solle er die xx gl, die gewonliche buß bezallen."

[19]) SR 1588, Art. 11: „Damit auch ärgerliche, schwäre Sünd vnd Laster, sonderlich des Ehbruchs vnd Bysiz in der Vnehe, dadurch Gott der Allmächtige so schwärlich beleidiget vnd zur Zornausspendung grosser schwärer Straffen vber die Menschen bewegt wird, bei vns als Christen vnd die in der Erkandtnuß des waren Gottes vnd Gloubens läbend, desterbas vsgerütet werden mögen, da so haben wir vf vns genomen, wollen auch styff darob halten, namlich welche person, es sye mann oder weib, des Lasters des Ehbruchs schuldig wird, soll ohne Gnad vnd Nachlass vnser Statt zwanzig Gulden zu Buß geben für das erste Mal, wurde aber eine solche person darüber wyter fälen, die soll für rat gestellt vnd ihren

zwanzig Gulden festgesetzt [20]). Die Ehebrecher konnten auch der Verachtung des ganzen Volkes preisgegeben werden, indem sie an den Pranger gestellt wurden [21]). Oft traf sie auch härtere Strafe, so erkennten die „Gnädigen Herren", dass der Münzmeister „von wegen sines Eebruchs nach vermög des ansechens vmb xx gl gstrafft vnd die Luschen mit Jren kinden gen Straßburg da sy dann anheimsch verwisen" [22]). Im neuern Recht wird der Ehebruch oft in der Weise bestraft, dass bürgerliche und kirchliche Strafen verschmolzen werden: „Weilen Anna Hegli aus dem ambt Ruswil gebürtig mit Mathe Schnider von Buttisholtz Einem Ehema fleischlich sich vbersechen, ia so gar diser Schnider mit disem Meitlin nacher Eynsidlen gangen, auf dem weg aber vilmahlen spöttlich mit dem selben gesündiget, habend vgh in Erwegung so grosser begangner fählern vnd sünden hiermit Erkhennt, das das Meitlin Jn Ruswil in der pfarrkirchen vnder währenden Gottsdienst mit Einer brennenden Kerzen in der Hand vnnder der Kirchenthüren knien solle. Der Mathe Schnider betreffend, weilen derselb Ein Ehema syn, vnnd so vil Ehebrüch gethan, auch so boshafft mit grosser Ergernuß vf dem walfart weg gesündiget, also solle derselbe vgh zue der Straf erlegen 200 Richstaler, Solle auch 6 Jahr Ehr- vnnd wehrlos seyn, Jhme alle wirtshäuser vnnd alle Märkten verbotten seyn, zue deme soll Er auch Eini guote fromme walfahrt nacher Eynsidlen thun vnnd h. Landvogt den Bichtzedel einhendigen" [23]). Auch die neueste Zeit hat an der Strafbarkeit des Ehebruches festgehalten, aber nach dem Polizeistrafgesetz von 1836 ist er ein Antragsvergehen [24]).

beschulden nach weiter gestrafft werden. Also in ganz glycher gestalt vnd Straff sollen sein die, so in vnerbarem bysiz oder mit Kebswybern vnd Mäzen haushalten, die sigent verehlichet oder nit etc."

[20]) RB LXIII 393 a 1662, vergl. Anm. 18 RB LI 40 a 1609.

[21]) RB XXIV 426 1572: „. . . Es sölle yedes j stund an branger gestellt werden vnd sie söllen absolution vom Bischoff von Costanz bringen" (gekürzt). — RB LXIV 21 a 1623: „. . . also habent MGH erkendt, daß er deswegen künftig Zinstag sölle an den pranger gestelt, hernach von Stadt vnd land ewig verwysen vnd wo er betreten 6 Jar lang vff die galeeren geschmidet werden."

[22]) RB XXXVI 232 b 1579. — RB XV 192 a 1540: Georg Steiner wurde wegen begangenem Ehebruch verbannt. — RB LI 72 a 1609: die Strafe wird auf 50 Gulden festgesetzt, bei Rückfälligkeit solle er auf die Galeeren geschickt werden.

[23]) RB LXXIX 367 a 1684. — Aehnliche Entscheide finden sich in RB XXV 374 a 1563, XXV 389 b 1563, XXIX 236 a 1572, LIII 168 a 1613.

[24]) Polizeistrafgesetz 1836, § 139: Ehebruch soll auf eingelegte Klage des beleidigten Theils an jedem der schuldigen Theile mit Gefängnisstrafe von einem bis sechs Monaten bestraft werden. Wenn der Ehebruch doppelt war, so wird der Richter als Verschärfungsgrund darauf Rücksicht nehmen. — Ges. von 1825, § 11: Verheiratete Personen, welche des Vergehens einer ausserehel. Schwängerung sich schuldig machen, haben

Die Karolina hat auf das Strafrecht von Luzern einen grossen Einfluss ausgeübt. Nicht etwa dass die Peinliche Gerichtsordnung Karl V. als Gesetz rezipiert worden wäre, sie diente vielmehr als Belehrung für den Richter. So findet sich in den Instruktionen für den Ratsrichter aus dem Jahre 1606 ein wörtlicher Auszug aus den Artikeln der Karolina als Anhang, und zwar ohne dass man dabei den Namen der PGO erwähnte [25]). Der Artikel 44 dieses Anhanges trägt die Ueberschrift „Straff des Ehebruches". In Wirklichkeit ist aber hier die mehrfache Ehe behandelt. Die Verwechslung stammt wahrscheinlich daher, dass nach PGO Artikel 121 die der Doppelehe Schuldigen, „nicht weniger als die Ehebrüchigen peinlich gestraft werden sollen" [26]). Bigamie wurde schon in frühester Zeit strenge bestraft. Der Täter wurde öffentlich ausgestellt und nachher verbannt [27]). Im Jahre 1537 wurde Niclaus Gugellmann, der drei Ehen geschlossen hatte, ohne dass die frühern aufgelöst waren, „siner ersten frowen vff Jr ernstlich pit geschenkt, doch das er mit der selben hus han, vnd Jro das pest thun vnd die andern alle von Jm bekent sin söllen, doch das er vß miner g. herren statt vnd land schweren soll ein vrfech vnd niemermer darin komen" [28]). Nach einem Entscheide aus dem Jahre 1621 wurde erkannt, dass der Schuldige „ze waßer vnd brod noch 8 tag in gfangenschafft sin, zu dem ehrloß vnd werloß biß vf widerruof min g. h. sin" solle [29]). Das Kriminalstrafgesetzbuch vom Jahre 1836 sah für den Ehegatten, welcher noch bei fortdauernder gültiger Ehe eine neue schliesst, eine ein- bis vierjährige Zuchthausstrafe vor [30]).

Der geschlechtliche Verkehr zwischen Verwandten wurde immer strenge bestraft. Auf den Begriff der Blutschande hatte das kanonische Recht grossen Einfluss. Als Blutschande wurden geahndet die Unzuchtsvergehen von Personen, die unter sich in

---

diejenige Strafe auszuhalten, welche im dritten Wiederholungsfalle ledigen Personen zugemessen ist: Busse bis 300 Fr. oder ausländ. Kriegsdienst bis zu 4 Jahren oder körperliche Strafen. — Polizeistrafgesetz von 1915, § 150: mindestens Gefängnis von einem Monat.

[25]) Segesser II 182 f, 212 f.

[26]) Vergl. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Auflage, 375 f.

[27]) RB VI 12 1484, vergl. Segesser II 687, IV 207 f.

[28]) RB XV 306 a 1537.

[29]) RB LVII 320 b 1621. — RB LXXVII 251 a 1676: „... Jhme das Leben geschenkt (obwohl Er an lyb vnd leben nothwendiger weiß solte gestrafft werden), die straff aber darüber den täglichen Rhääten vber laßen zu erkennen, die hierüber erkent, daß er ein Stund an branger gestelt vnd Statt vnd Landschafft ewig myden solle" (gekürzt).

[30]) Kriminalstrafgesetzbuch 1836, § 163. — Sind beide Teile schon verheiratet, so soll jeder, nach dem gleichen Gesetz, wenn er vom Ehestande des andern unterrichtet gewesen, mit zwei- bis fünfjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. — Kriminalstrafgesetz von 1906, § 121: Zuchthaus von einem bis zu sechs Jahren.

Blutsverwandtschaft, Schwägerschaft oder cognitio spiritualis stehen, und zwar insofern, als nach der kirchlichen Gesetzgebung ein Ehehindernis zwischen den betreffenden Personen begründet würde [31]). Art und Höhe der Strafe waren verschieden, wie eine Menge von Entscheiden zeigen. „Der Richter het erfarn, dz peter bader mit siner mumen ze schaffen het, die sin gevatter ist vnd die gekindet het, die ist siner mutter swester tochter. Si sond bede sweren, zem kilchherrn ze gant, ze bichten vnd ze bußen vnd bi dem eide sont si nit me bi enander sitzen vnd mit süntlichen dingen nit me mit enander ze schaffen han bi iren eiden. Vnd ist peter vom rat gestoßen, vnd hant vertröst für peter bader Heinr. Vrseman, Cuni smit, ze liden, ob v. H. Jnn fürer wellen straffen, vnd strüfli het vertröst für die frowe" [32]). Wegen Heiny Schmidt von Meggen, „so mit siner Stiefftochter ze schaffen gehept, haben min herren, Rät vnd hundert angesächen, Jn bedenken siner freunden bitt vnd das er sich erbotten hat zu Sanct Jacob ze gan sine sünd abzu leggen, Jm gnad zu bewysen vnd Jnn vff ein vrfecht vß zelaßen, vnd das by demselben vrfecht er vß dem gericht Meggen züchen vnd nit mer dar Jnn kommen sölle on erloubens miner herren. Darby sol er minen herren x gl zu straff geben ob er vß der statt gangen" [33]). Häufig findet sich im 17. und 18. Jahrhundert die Strafe, dass der Täter mit einer brennenden Kerze in der Hand, während dem Gottesdienst vor der Kirchentüre stehen musste, unter Beobachtung zahlreicher Formalitäten. So heisst es zum Beispiel in einem Entscheid aus dem Jahre 1650, dass „Albißer zwey Jar solle Ehr vnd werloos sin, vnd vf den Sontag vber 8 tag sich vor siner ordenlichen pfarkirchen mit einer brünnenden kertzen mit entdektem haupt vnd paarfuoß bis der Gottsdienst anfangt bi der großen kilchen düren stehen solle, auch vnderwehrendem Gottsdienste bi der khor stegen vornen sich vff halten werde, demnach sich mit Goth vnd Maria zu versöhnen baarfuoß als bald nacher Einsidlen ein fahrt verrichten werde" [34]). Auch das nicht vorsätzliche Delikt wurde in gleicher Weise bestraft [35]).

---

[31]) Vergl. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 370.

[32]) RB III 83 a 1422. — Vergl. Segesser II 688 und die dort zitierten Entscheide.

[33]) RB XV 76 b 1538 (gekürzt). — RB XV 66 b 1538: „Des Rebmans von Bueren sons halb, so mit sines schwagers frowen zu schaffen gehept ouch ein kind gemacht hat, Jst angesächen Jnn Jn das hals ysen zestellen, darby sölle er x gl zu straff geben, ob er vß dem thurm komme, durch sin kosten abzutragen." — RB XVI 192 a 1544: Stäffen, der seines Bruders sel. Frau ein Kind gemacht, musste nach Einsiedeln, seine Sünde zu beichten, „vnd minen g. h. schyn bringen vnd m. g. h. xxx gl ze buß gen."

[34]) RB LXX 35 a 1650 (gekürzt). — RB LXIX 60 a 1647: „Demnach Renhart Rubli von Nüwedorff sich so wyt vergeßen, vnd sich mit siner baasen Barbara Banwart (deßen Muotter vnd Jre Muotter vatters halb lybliche geschwüsterte gesyn, welche er in seinem wittligstande by Jme gedienet) zwey mal in vnzucht, darzue sy lut siner bekandtnuß nit gern Jngewilliget,

Verhältnismässig wenig Entscheidungen finden sich, in denen das Verbrechen der Abtreibung behandelt wird. Die Bestrafung war aber immer eine äusserst strenge. So wurde im Jahre 1670 erkennt, dass der Täter „eine Stund an den Pranger gestellt, vnd vß m. g. h. Stadt vnd Landschaft verbannisiert sin solle“ [36]).

Die Kindestötung wird unter dem Einfluss der Kirche zu einem besondern, mit erschwerter Todesstrafe bedrohtem Verbrechen. Ob aber die unmenschliche Art der Bestrafung, die Vergrabung bei lebendigem Leib, wie sie uns Cysat schildert, angewendet wurde, wird neuerdings bestritten [37]). Das Verbrechen

sich fleischlich vermischt, Jst er deswegen in die gefangenschafft gelegt, Jme solches vorgehalten, vnd vff hüt dato sein bekandtnuß vnd mißethat also schwär befunden, das sy wol ursach gehabt, mit dem Rechten gegen Jme zeverfahren vnd die sach für den höhern gwalt ze ziehen, Jedoch aber vf flähentliches fürpit der sinigen, ouch vf sein gezeigte hohe rüw sich zu gnaden gewent, vnd daruf erkennt, das er Rubli vf nechst künftigen Sontag zu Nüwedorff vnder währendem Gottsdienst mit einer brünnenden kerzen vor der kilche thür Jn bysin eines Stattdieners stehen, vnd hernach 6. Jahr lang von Miner g. H. Statt vnd landschafft genzlich verwysen syn und blyben solle.“ — Aehnliche Entscheide: RB LXX 176 b 1651, LXXXVIII 15 b, 34 a, 37 b 1707.

[35]) RB 433 b 1649: „Vf das Andres Gürber von Emmen sich böser begierden vbernommen lassen vnd sich mit einer bluotschand. (doch ohnbewüßer fründschaft) vermeßen, vnd das Maria Orald. Püel entmegtet, haben Mine Gnedigen Herren hiemit erkendt, das Andres barfuoß am Sonntag mit einer brenneten Kertzen solle vor dem Gottsdienst vor der kilchen tür stahn“ (gekürzt). — Anders bestimmt das Kriminalstrafgesetzbuch vom Jahre 1836 in § 160: Der Beischlaf zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie und zwischen Geschwisterten etc., mit Bewußtsein ihrer Verwandtschaft etc.

[36]) RB LXXVI 51 a 1670. — RB LXXII 245 a 1657: „Vf das Hans Meyer der Sigrist von Butisholz mit ein (?) am Ehebruch vergriffen vnd noch darzu die frucht mit gegebenen mitlen zu verhindern begert, welchen feler M. G. H. eben garhoch geacht vnd nach dem selbigen ihr straff ziechen heten sollen, wan aber M. G. H. die milte der strenge vorgezogen, der geschworenen des Ampts Ruswils vnd der sinigen vorbidt verhört, auch das diser Sigrist one das sich allezit redlich vnd wolgehalten, haben si den selbigen nacher Einsidlen alldort sich mit Gott vnd Maria zu versönnen vnd ein bichtzedel zu bringen, auch mit einer brünnenden kertzen Sonntags für die kirchen düren den gantzen gottsdienst vs kent, vnd solle nebs dem, dem herren Landvogt 20 gl buoß geben.“ — RB LVIII 185 b 1622: Versuch der Abtreibung: „...vnd zu siner buoß barfuoß gen einsidlen gahn gen bichten vnd einem amptsma den bicht zedel bringen vnd hernach dem meitlin den costen abtragen.“

[37]) Balthasar Felix, Historische, Topographische und Oekonomische Merkwürdigkeiten des Kantons Luzern, 1785, Band II 84: Cysat hat eine alte Sage aufgezeichnet. „Eine Tradizion bringt mit sich, daß vordeme an disem Ort (Wegscheide Littauerstraße-Landstraße, wo eine alte, kleine Kapelle, zum elenden Kreuz genannt, stand.) die Weibspersonen, die ihre Leibesfrucht an der Geburt, oder sonst verderbt, lebendig und folgender Gestalt begraben worden. Es war eine tiefe Grube gemacht, Dörner auf den Boden gestreut, die Mörderin darauf gelegt, wieder Dörner auf sie geworfen, und dann mit Erde zugedeckt, jedoch so, daß, vermittelst eines

wurde regelmässig mit dem Tode bestraft, und zwar nach einem Entscheid von 1609 soll die Täterin „zum todt des wassers" und der Täter „zum todt des schwerts, ob er glych wol ein strengerer todt verdienet" verurteilt werden [38]).

---

§ 10.

DIE TILGUNG DES MAKELS DER UNEHELICHEN GEBURT

Die Legitimation im Mittelalter - Legitimatio per subsequens matrimonium - Legitimatio per rescriptum - Das Abkaufen der unehelichen Geburt - Legitimation durch Dekret des Grossen Rates.

Eine Legitimation unehelicher Kinder war dem frühen Mittelalter zunächst unbekannt. Die günstige Stellung der Unehelichen im Recht macht das erklärlich. Man kannte nur eine Annahme an Kindesstatt, die in der Weise vollzogen wurde, dass die Vorkinder bei der Eheschliessung von ihrem Vater unter den Gürtel oder Mantel genommen wurden (Mantelkinder). Infolge des Kampfes, den die Kirche gegen den ausserehelichen Geschlechtsverkehr führte, verschlechterte sich die Lage der „Sündenkinder". Im 12. Jahrhundert änderte jedoch die Kirche ihre gegen die unehelichen Kinder eingestellte Taktik und verbesserte ihre Stellung, indem sie die römisch-rechtliche Legitimation übernahm [1]). Den Bastarden wurde so die Möglichkeit geboten, den

---

Luftröhrchens, das in den Mund reichte, und durch welches zuweilen Milch eingegossen wurde, das Leben und die Qual auf viele Stunden oder mehrere Tage, verlängert wurde."

[38]) RB LI 26 b 1609. — RB XCVII 278 b 1736: „...Es sein vneEhlich zur Welt gebrachtes Kind gleich nach der geburt auf vnmenschliche Weis am hälslin zu Todt verdrukket, haben hochgedacht dieselbe bey Ehr vnd Eyden Einhellig Erkennt, das disem armen Menschen durch herr Großweibel zu gewohnter Zeit das Leben abgekündet, mit der gloggen in St. Peters Capell das Zeichen gegeben, Es alsdan zu dem fischbankh geführet, ihme von herr vnderschrieber seine vergicht abgelesen, vnd von herr Rhats-Richter an gewohntem ohrt des Läublins dem scharf-Richter vberantwortet werden solle, der dan ihme dorten die händ auf den ruggen binden, zu der gewohnten Richt-Statt auf dem Callenberg (?) hinabführen, vnd daselbsten ihme sein haupt abschlagen solle, also daß zwischen dem haupt vnd Cörpers ein wagen-raad durchgehen möge, womit der Leib hier gebüößet, die sund aber gott dem herrn anbefohlen seyn solle." Ganz gleich XCVIII 97 b 1737.

[1]) Vergl. zu diesen Ausführungen: Schroeder, Deutsche Rechtsgeschichte 766 f, Hübner, Deutsches Privatrecht, Geipel, Die Stellung der Unehelichen in den Magdeburger Rechten 81 f.

Makel ihrer Geburt zu tilgen. Dem Beispiel des Papstes folgten bald die weltlichen Fürsten. Als aber Papst und Kaiser die Legitimation in Deutschland einführen wollten, stiessen sie auf grossen Widerstand. Zu stark schon hatte sich die Abneigung gegen die Unehelichen im Rechtsbewusstsein des Volkes verankert. Erst gegen Ende des Mittelalters fanden die römisch-rechtlichen und kanonischen Begriffe der legitimatio per subsequens matrimonium in Deutschland Eingang. Im Schwabenspiegel findet sich bereits diese Legitimation anerkannt, während der Sachsenspiegel noch jeder Ehelichkeitserklärung abhold war [2]).

Das Luzerner Stadtrecht und das Municipale treten gar nicht auf das Institut der legitimatio per subsequens matrimonium ein. Sie scheint dem ältern Recht überhaupt nicht bekannt gewesen zu sein [3]). Erst Ratsentscheide aus der Mitte des 17. Jahrhunderts geben uns sichern Aufschluss, dass die Anerkennung durch nachfolgende Ehe auch bei uns geübt wurde. Diese Entscheidungen deuten aber darauf hin, dass sie schon vorher angewendet wurde: „Demnach Anna Andeller vß dem landt Entlibuch mit bystand Jres Stiefvatters vf hüt dato gebüerender maßen anbringen laßen, was gestalten man Sy in Jren vorhabenden heürath verhindern wölle, vnder dem schyn vnd fürwand, wyl sy vor der Hochzeit Jrer geliebten Eltern sälig erzüget worden, sy des vatters vnd Muetterlichen Erbs nit fähig geachtet werden könne, vnd also miner g. H. Hilf begärt, Jst erkennt, wyl Jederzeit in derglychen fäälen die vor der ehe erzügte, vnd nachgenz durch die ehe geehelichete kinder solcher Erbschaft fähig geachtet vnd gehalten werden, sy glichfaals bey solchem brucht geschützt werden solle“ [4]). Aber die Legitimation trat nicht ipso jure als Folge der Heirat ein, es bedurfte dazu noch einer Genehmigung des Rates: „Hanns Jacob Stoffer last anbringen, wie das Er bey Einem Menschen Ein

[2]) Schwsp. Art. 377, Ssp. I, 16. — Huber IV 480 f.

[3]) Huber IV 480. — Anders Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 434: Diesere uneheliche gebohrne Kinder aber bleiben nicht alle in solchem mit einer Verachtung und Schandflecken begleitetem Stand, sonder werden zu Zeiten ehrlich und denen aus rechtmäßiger Ehe gebohrnen Kindern gleich gemacht und sodann legitimierte Kinder genennt.

[4]) RB LXIX 107 a 1647. — Schon ein Entscheid von 1523 deutet auf das Bestehen dieser Uebung hin. RB XII 173 a 1523: „Zwüschen Hans Gürbers tochter vnd Heini Würtz ist erkent, das min Her Schultheiß mit dem Würtzen reden sölle in früntschaft, ob er die tochter mit dem kind nemen wölle, vnd ob er das nit thun will mit gütz, so soll er schweren ein eyd, das er Jro gar nüt verheißen habe der E halb, das er dan Jro sölle doch nittdestominder Jre das kind abnemen.“ — Nirgends finden sich Bestimmungen, daß zur Legitimation der vorehelich geborenen Kinder besondere Formen beobachtet werden mussten, wie sie Leu für einige Gebiete erwähnt: „...bei welcher (priesterlicher Einsegnung), wann solche Kinder im Stand, selbige der Mutter die Kleidung angreifen müßen etc.“ Leu, Eydg. Stadt- und Land-Recht I 434 f.

vnehlich Kind erzeüget, solches Mensch aber Er geEhlichet, vnd andere Ehliche Kinder bey Jhren gezeüget habe, weilen noch disers Kind als Ein dochter annun erwachsen, vnd sich zu verheurathen sinnens, also bette Er auch das disere dochter vnder seine Ehliche Kinder möchte gezelt werden. Welcher den M. G. H. vmb das Er hernach dises Mensch verheurathet, comediert vnd zuegelassen, dass disere dochter auch für Ein Ehlich Kind sollte gehalten werden" [5]). Nach dem BGB werden die vorehelichen Kinder, sobald ihre Eltern miteinander die Ehe eingehen, ohne weiteres den ehelichen gleichgestellt [6]). Eine Ausnahme für Kinder aus Ehebruch oder Blutschande findet sich nirgends aufgestellt. Im Jahre 1766 hat Josef Hofstetter bei den gnädigen Herren und Obern „in geziemender Ehrforcht reumüthig vorstellen lassen, wie dass Er vor 2 jahren als Er verehelichet ware, „sich mit seines Ehe-wibs Nièce versündiget, und mit selber eine Tochter erzeugt, dermals aber, nach seines ersten Ehe-wibs Tod, in betracht der von der geistlichen Curia erhaltenen Dispensation diese Person geheirathet habe, und deme zufolg auch um gnädigste Legitimation dieses Kindes unterthänigst angehalten, haben ugghh und Obern erkent, dass vorläufig ermelter Josef Hoffstetter, willen er wol um den Ehe-Bruch, nicht aber um die Blutschand damals aus unwißenheit abgestraft worden, eine Buß von 40 Gl erlegen solle, wornach hoch Bedacht ugghh und Oberen diese unehelicherzeügte Tochter gegen Erlegung anderer 40 Gl gnädigst zu legitimieren und Jhr habendes Erb-Recht aufzuheben geruhet" [7]). Den Abschluss der Entwicklung bildet die Aufnahme der legitimatio per subsequens matrimonium in Artikel 54 der Bundesverfassung von 1874, und zwar ohne die französisch-rechtliche Ausnahme betreffend der in Blutschande oder im Ehebruch erzeugten Kinder [8]).

Die im 14. Jahrhundert in Deutschland erwähnte Ehelichung durch königlichen oder landesherrlichen Erlass entstammt auch dem römischen Rechte. Sie wird im 12. Jahrhundert als legitimatio per rescriptum papae aufgenommen. Da sich die deutschen Kaiser als Nachfolger der römischen Imperatoren fühlten, die die Gesetze Justininans als die eines Vorgängers betrachteten, legitimierte Friedrich II. als erster die Unehelichen per rescriptum principis. Diese Art der Legitimation stiess auch auf heftigen Widerstand und bürgerte sich nur langsam ein.

---

[5]) RB LXXIX 94 a 1687.

[6]) BGB § 104: Kinder, welche ausser der Ehe geboren sind, treten, sobald ihre Aeltern sich miteinander verehelichen, in die Familie ein, und werden unter die ehelich Erzeugten gerechnet.

[7]) RB LI 129 a 1766 (gekürzt).

[8]) Burckhardt, Kommentar der BV 519. — Gmür, Kommentar Fam.R. II 1, 24 f.

Dem Stadtrecht von 1480 ist sie noch unbekannt. Hingegen kommt bald eine „unvollkommene Legitimation" auf: das Abkaufen der unehelichen Geburt. Wenn Uneheliche des aktiven oder passiven Erbrechts teilhaftig werden sollten, so hatten sie sich von der unehelichen Geburt loszukaufen. Dieser Loskauf stellte insofern eine Legitimation dar, als durch obrigkeitliche Verfügung ihnen Rechte zuerkannt wurden, die ihnen infolge ihrer unehelichen Geburt sonst nicht zukamen. Diese Art der Legitimation wird von der Mitte des 16. Jahrhunderts an sehr häufig [9]). Ihre Wirkung ist aber nicht so weitgehend wie die einer richtigen Legitimation, welche die unehelichen Kinder den ehelichen gleichstellt. Die Gleichstellung erfolgte nur im Erbrecht, auch sollte den Bastarden damit wohl auch die Rechtlosigkeit genommen werden [10]).

Dieser Legitimation kam aber nur subsidiäre Bedeutung zu. Im Vordergrund stand die Legitimation durch nachfolgende Ehe, die von der Obrigkeit auch begünstigt wurde [11]).

Das BGB gibt die Befugnis, diese Legitimation zu erteilen dem Grossen Rat: Legitimation durch Dekret des Grossen Rates. Der günstige Erfolg der von den Eltern, oder wenigstens vom Vater an die höchste Landesbehörde gestellten Bitte hing hauptsächlich von dem Umstand ab, ob zwischen den Eltern ein Ehehindernis bestand, so dass sie nicht zur Legitimation der Kinder durch die nachfolgende Ehe verwiesen werden konnten [12]). Ferner wurde auch darauf gesehen, ob das Verhältnis der Eltern etwa so beschaffen war, dass das Kind nicht ohne öffentliches Aergernis als ihr eheliches erklärt werden konnte [13]), oder ob die Eltern nicht schon bereits eheliche Kinder haben, denen hierdurch geschadet würde.

---

[9]) Vergl. § 6, Anm. 24 f.

[10]) RB LXXXIII 126 1693: „Den Balz Holzmann haben v. g. H. vs großer gnad vnelicher geburth halb redlich gemacht." — Huber IV 480.

[11]) RB XIII 221 1523: „Jst erkennt, wo Michell einen eyd lyblich zu Gott vnd den heyligen schweren mag, das er Jro die ee nitt verheißen, noch die wort brucht, sölle er von Jro ledig vnd entsprosen (?) sin, wo er aber den eyd nitt thun möcht, sölle er si haben vnd mitt Jro zur kirchen gan." — Vergl. Anm. 12.

[12]) BGB § 105. — Kas. Pfyffer, Erläuterungen des bürgerlichen Gesetzbuches, I 133 f.

[13]) z. B. das Kind eines Geistlichen.